Sammlung

von

Rechtsfällen

und

Entscheidungen derselben.

Herausgegeben

und

mit wissenschaftlichen Excursen versehen

von

Dr. Paul Ludolf Kritz,

Königlich Sächsischem Ober-Appellationsrathe.

Fünfter Band.

Leipzig, 1845.

Verlag von Johann Ambrosius Barth.

Inhaltsverzeichniss.

I. Feststellung des Begriffes quod metu causa gestum; veranlasst durch den in §. 5. — S. 12. — angegebenen Rechtsfall. S. 1—37.

Seite

§. 1. Einleitende Bemerkungen. 1—2
§. 2. Zu l. 4. §. 33. de doli mali et metus exceptione. — 44. 4. — 2—4
§. 3. Hier mit zu verbindende rechtshistorische Frage. 4—8
§. 4. In Beziehung auf die Praxis sich anschliessende Bemerkung. 8—11
§. 5. Welcher Art thatsächliche Umstände begründen die exceptionem metus? 12—13
§. 6. Bestimmung des Begriffes metus. 13—21
§. 7. Nicht von den Quellen normirte Betrachtung des quod metus causa gestum 21—27
§. 8. Welcher Art ist die Ausbildung, welche wir dem Begriffe des metus causa gestum durch die in dem betreffenden Titel zusammengestellten Fragmente gegeben finden, und stimmen dieselben in ihrer Gesammtheit zu den in §. 7. aufgestellten Ansichten? 28—29
§. 9. Die ursprüngliche und die spätere Fassung der Worte des betreffenden Edicts. Ulpian's Erklärung derselben. Die dem Edicte von der Praxis beigelegte Bedeutung. Schlussresultat. 30—37

I b. Literarischer Nachtrag. S. 38—70.

§. 1. Vorbemerkungen. 38—39
§. 2. Zu v. Savigny's Behauptung: das erzwungene Geschäft sei um nichts weniger ein mit Freiheit des Willens eingegangenes. . . . 39—48
§. 3. Zu einer hier einschlagenden Stelle des Aristoteles. 48—51
§. 4. Ss. Behauptung im Verhältniss zur Praxis. 51—59
§. 5. Bemerkungen zu einem wörtlich mitgetheilten Texte des angezogenen Rechtslehrers. . . . 60—70

II. Zu der Frage: ob und inwiefern ein Gericht dadurch, dass in einem vor demselben anhängig gewordenen Creditwesen es den Gütervertreter bestellte, die Verbindlichkeit übernimmt, dessen Geschäftsführung zu vertreten. S. 71—74. (Hierzu die Beilage unter A. S. 74—80.)

§. 1. Angabe des entschiedenen Falles und Bemerkungen dazu. Seite 71—74

III. Kann die Negatorienklage gegen den Pachter des angeblich dienstberechtigten Grundstückes erhoben werden? S. 81.—97.

§. 1. Der zu Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage veranlassende Fall und die bei der richterlichen Beurtheilung desselben davon genommene Ansicht. 81—82

§ 2. Bemerkungen darüber. 82—88

§. 3—5. Entwickelung einer von der mitgetheilten abweichenden Ansicht und die Gründe dafür. 88—97

IV. Mittheilung von Entscheidungen in Betreff einer letztwilligen zum Besten milder Stiftungen errichteten Verordnung. S. 98—120. (Hierzu die Beilagen A. S. 121—123. B. S. 123—129. C. S. 129—132.)

§. 1. Der Fall, wodurch die bemerkten Entscheidungen veranlasst worden. 98—100

§. 2. Von den Gründen der mitgetheilten Entscheidungen unabhängige, allgemeine Bemerkungen über die letztwillige Verordnung, die zur Beurtheilung vorlag. 100—104

§. 3. Anwendung jener Bemerkungen auf den mitgetheilten Fall. 105—107

§. 4—5. Erörterungen der in den Beilagen befolgten Ansichten. 107—120

V. Ueber eine von der Praxis angenommene Form stillschweigender Prorogation des Gerichtsstandes. S. 133—141.

§. 1. 2. Nähere Angabe der bemerkten Praxis. . 133—138

§. 3. Ueb. d. Möglichkeit einer tacita fori prorogatio. 138—141

V b. Literarischer Nachtrag. S. 141—163.

§. 1. Einleitende Bemerkungen. 141

§. 2. Zu v. Ss. System des heutigen röm. Rechts. Bd. III. §. 131 u. 132. S. 242—252. . . . 142—147

§. 3. Die theoretische Vereinigung der bei v. S. unter dem Namen stillschweigende Willenserklärungen begriffenen Casuistik. 147—151

§. 4. Ueber diejenige Einwilligung, welche nach v. S. (§. 123. S. 248 - 252.) durch blosses Stillschweigen soll bewirkt werden. 151—157

§. 5. Beleuchtung derjenigen bestimmten einzelnen Fälle, in denen nach v. S. blosses Stillschweigen für zustimmende Willenserklärung gelten soll. 157—163

VI. Mittheilung mehrerer in Betreff von Rechtsverhältnissen einer Actiengesellschaft nach unter einander

Seite

abweichenden Ansichten gesprochener Urthel. S. 164 —182. (Hierzu die Beilagen unter A. S. 182—190. B. S. 190—193. C. S. 192—197. D. S. 198—203. E. S. 204—214.)

§. 1. Vorbemerkungen. 164—166

§. 2. Die factischen Prämissen der mitgetheilten Entscheidungen. 166—171

§. 3. Die Klage und die derselben entgegengestellten Ausflüchte. 171—174

§. 4. Zu der Ausflucht des incompetenten Gerichtsstandes. 174—176

§. 5. Zu der ersten, auf des Beklagten Ausschliessung von den Generalversammlungen gestützten Ausflucht. 176—178

§. 6. Zu der zweiten Ausflucht, welche die Behauptung aufstellte, unschädlich sei es dem Beklagten, dass er dem von einer unbefugten Generalversammlung errichteten Statute sich unterworfen. 179—180

§. 7. Zu der dritten Ausflucht, welche sich auf die Behauptung stützte, die Verbindlichkeit zu der in Frage gestellten Zahlung sei erloschen, weil man den Zweck des Unternehmens als unausführbar aufgegeben. 180—182

VII. Des geisteskrank gewordenen Ehemannes Niesbrauchrecht am Vermögen der Frau. S. 215—229. (Hierzu die Beilagen unter A. S. 229—232. B. S. 232 u. 233. C. S. 233—235.)

§. 1. Die im Falle der Geisteskrankheit des Mannes eintretende Collision rechtlicher Beziehungen. 215—216

§. 2 u. 3. Verschiedene hier mögliche rechtliche Ansichten und Erörterung derselben. . . . 217—226

§. 4. Die neueste Praxis in Betreff der betreffenden Rechtsfrage. 226—228

§. 5. Bemerkungen zu den Beilagen. 228

VIII. Ein Fall, wo auf die Berechtigung geklagt war, Theil an einer Societät zu nehmen, in dem Titel pro socio aber keine Norm für die Entscheidung gegeben. S. 236—250. (Hierzu die Beilagen unter A. S. 250—253. B. S. 253—257.)

§. 1. Einleitende Bemerkungen. 236—236

§. 2. Die nähere Beschaffenheit des in Frage gestellten Falls und von den mitgetheilten Ent-

Seite

scheidungsgründen unabhängige Beurtheilung desselben. 338—242
§. 3—5. Zu den Gründen der in den verschiedenen Instanzen erfolgten Urtheile. 242—250

IX. Kann wegen Verbrechen, die der eine Ehegatte begangen, der andre auf Scheidung klagen? S. 258. (Hierzu Beilage A. S. 318 – 322.)

§. 1. Einleitende Bemerkungen. 258—262
§. 2. Die Praxis des Oberappellationsgerichtes in der angegebenen Beziehung. 262—265
§. 3. Das Justinianeische Recht, in Beziehung auf die vorliegende Frage. 265—268
§. 4. Was ist im neuen Testamente hinsichtlich der Ehescheidungen ausgesprochen? 268—274
§. 9. Die Stellung der Jurisprudenz in Beziehung auf rechtliche Ehescheidungsgründe. 274—278
§. 6. Die Ehe ein Sacrament. 278—282
§. 7. Die protestantischen Kirchenautoritäten in Betreff der Ehescheidungen. 283—290
§. 8. Die älteren protestantischen Rechtslehrer in gleicher Beziehung. 290—293
§. 9. Der königl. s. Länder Eherechtspraxis in Beziehung auf Verbrechen als Scheidungsgrund. 293—305
§. 10. Die angegebene Praxis und das Criminalgesetzbuch von 1838. 305—309
§. 11. Theoretisches Ergebniss. 309—313
§. 12. Dessen Anwendbarkeit in der Praxis. . . 313—318

X. Ueber der Eltern verweigerte Einwilligung zu Verheirathung der Kinder und nach Befinden obrigkeitlichen Amtswegen erfolgende sogenannte Supplirung des elterlichen Consenses. S. 323—354. (Hierzu die Beilage unter A. S. 355—362.)

§. 1. Allgemeine Bemerkungen zu der in der Beilage unter A. mitgetheilten Entscheidung. . 323—327
§. 2. Von der Gesetzgebung und der Praxis abstrahirende Ansichten der Nothwendigkeit des elterlichen Consenses. 327—329
§. 3. Das röm. Recht in der angegebenen Beziehung. 329—333
§. 4. 5. Das kan. Recht in gleicher Beziehung. . 333—339
§. 6. Luther's Ansichten von der Nothwendigkeit des elterlichen Consenses. 340—341
§. 7. Das b. s. Kirchenrecht in Beziehung auf den elterlichen Consens. 342—354

I.

Feststellung des Begriffes quod metus causa gestum; veranlasst durch den in §. 5. angegebenen Rechtsfall.

§. 1.

Einleitende Bemerkungen.

Zu dem Titel der Pandecten de doli mali et metus exceptione — 44. 4. — finden sich in Bd. II. num. XII. umständliche Bemerkungen über doli exceptio. Ueber metus exceptio sind dieselben eben so unergiebig, als in Hinsicht auf diese jener Titel der Pandecten selbst es ist, indem davon derselbe nicht mehr sagt, als was wir in l. 4. §. 33. tit. alleg. lesen. „Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis. *Sed utilius visum est, etiam de metu opponere exceptionem; etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur ejus, qui dolo fecit; enimvero metus causa exceptio in rem scripta est: si in ea re nihil metus causa factum est, ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocunque, non tantum ab eo, qui agit.* Et quamvis de dolo auctoris exceptio non objiciatur, veruntamen hoc jure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocunque adhibito exceptio objici possit.“ Die Worte „et quamvis u. s. w.“ sind also zu verstehen: obschon und während wir, soviel die exceptio doli betrifft, nicht verstatten, dass dieselbe in Folge eines von dem auctor begangenen dolus erhoben werde, d. h. von demjenigen begangenen, in dessen Person das Recht ist

begründet worden, in welches eingetreten der Kläger klagt, so ist es doch bei der metus exceptio bestehenden Rechtes, sie ex facto auctoris zuzulassen, ja sie zuzulassen, wenn nur überhaupt irgend Jemand, durch Furcht, die er in dem erregte, welcher die Verpflichtung übernahm, deren Eintritt zwingend herbeigeführt hat.

Die aufmerksame, überall hinsichtlich der allmäligen Ausbildung des röm. Rechtes sich aufzuklären suchende Betrachtung stösst in der obigen Stelle auf Aeusserungen, über die uns die civilistische Gelehrsamkeit den nicht uninteressanten Aufschluss noch zur Zeit ist schuldig geblieben. Zugleich tritt in ihnen ein Unterschied zwischen doli et metus exceptio hervor, hinsichtlich dessen ich nicht vermag zu bestimmen, ob ihn die Praxis festhält oder nicht. Dass meines Erachtens sie Unrecht haben dürfte, wenn sie ihn festhielt, das wird sich weiter unten ergeben. Hiernächst waltet über den höchsten und allgemeinsten Begriff Furcht als das Fundament der bemerkten Exception eine Unbestimmtheit der Ansichten vor, die mir unlängst in der Praxis bei Behandlung eines sehr einfachen Falles so auffallend ist bemerklich geworden, dass ich auch dadurch mich veranlasst fühlte, die eben bemerkte Abhandlung im 2. Bande durch den nachstehenden Aufsatz zu vervollständigen.

§. 2.

Zu l. 4. § 33. cit.

Die doli exceptio ist eine rei cohaerens und also eine exceptio, die nicht nur demjenigen zu statten kommt, gegen den der dolus verübt worden, sondern auch jedem Dritten, der in Beziehung auf das in Frage tretende Rechtsverhältniss darunter leiden soll, dass auf Herstellung dieses Verhältnisses ein dolus eingewirkt hat. Die Quellen drücken dies aus in den Worten — l. 2. §. 2. tit. alleg. — ex persona *ejus*, *qui exceptionem objicit*, in *rem* opponitur, exceptio; neque enim quaeritur adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea dolo malo factum sit a parte actoris.

Nicht aber ist sie ex persona *ejus, cui objicitur*, exceptio in rem; denn nur demjenigen darf sie entgegengestellt werden, welcher den dolus als ausgegangen von ihm verschuldet, oder in Folge besonderer Beziehungen den dolus auch als factum eines Dritten zu vertreten hat. Wohl unbestreitbar gewiss ist dies die Folge von Anwendung des Edictes in seiner strengsten Wörtlichkeit. Der Prätor — m. vergl. l. 2. pr. tit. alleg. (44. 4.) — hatte eine Exception in den Worten gegeben: si in ea re nihil dolo *malo actoris* factum sit. Wie es einerseits ein Verstoss gegen die Worte des Edictes gewesen wäre, wenn man blos im Allgemeinen danach gefragt hätte, ob nicht in ea re dolo aliquid factum sit, so verstiess man andrerseits dagegen nicht, wenn man sich unbekümmert um die Frage liess, ob der dolus, welcher auf die Herstellung des Rechtsverhältnisses eingewirkt hatte, dem Beklagten selbst oder einem andern war gespielt worden. Vereinbar mit den Edictsworten *factum est* fand man es, noch weiter zu gehen und die doli exceptio auch gegen denjenigen Kläger zu geben, dem, nachdem er bei Herstellung des Rechtsverhältnisses nicht das mindeste gethan hatte, worin sich eine widerrechtliche Absichtlichkeit darlegte, dennoch die Anstellung der Klage und gerichtliche Geltendmachung des in Frage gestellten Rechtes als eine widerrechtliche zurechnen lies. M. vergl. den Fall in l. 4. §. 12. tit. alleg. 44. 4.: Quaesitum est, si, quum fundi usumfructum haberem, eum fundum volente me vendideris, an vindicanti mihi usumfructum exceptio sit objicienda; et hoc jure utimur, ut exceptio doli noceat. Es ist offenbar kein dolus, zu genehmigen, dass der Eigenthümer des Grundstückes, an dem mir der Niesbrauch zusteht, dasselbe verkaufe. Allein diese Genehmigung soll mich um die Befugniss bringen, gegen den anderweiten, ersten oder entfernteren, Erwerber Anspruch darauf zu machen, dass er mich den Niesbrauch ausüben lasse, und das den anderweiten Erwerber sicher zu stellen bestimmte Rechtsmittel ist exceptio doli.

Begriff- und sprachgemäss war es, jede in Rechtsverhältnissen mit Bewusstsein der Widerrechtlichkeit durch-

zuführen unternommene Absicht dolus zu nennen und also für begriffen unter den Worten des Edicts auch den Fall anzusehen, wo der Kläger bei Herstellung des Rechtsverhältnisses, aus dem er klagte, nicht mit heimlicher Arglist, sondern mit offenkundig zwingender Furcht auf den andern Theil eingewirkt hatte. Dieser Ansicht muss aber die metus exceptio entbehrlich scheinen, denn sie war in der doli exceptio begriffen, diese, wie l. 33. §. 4. cit. sagt, exceptio generalis, auch vim metumve umfassende Ausflucht. Nach §. 33. cit. wurde aber dessenungeachtet noch eine besondere exceptio metus eingeführt und zwar in der Maasse, dass ihr die Worte des Edictes eine selbstständige Bedeutung gaben; denn — m. s. l. 1. quod metus c. g. erit. (4. 2) — das Edict: *quod metus causa gestum erit* ratum non habebo (nicht: si in ea re de qua agitur *ab actore aliquid* metus causa factum sit, ratum non habebo) verweigert, Rechtsverhältnisse in irgend einem Falle zu schützen, wo auf die Herstellung derselben Furcht eingewirkt hat, gleichviel ob, was in dieser Beziehung geschehen war, dem Kläger oder einem andern zur Last fiel.

§. 3.

Fortsetzung. An obige Bemerkungen sich anschliessende rechtshistorische Frage.

Für unbefangene Ansichten eines heutigen Juristen liegt etwas überaus Befremdendes in der eben bemerkten Verschiedenheit zwischen doli und metus exceptio. Wenn diese in jener begriffen war, dessenungeachtet aber die metus exceptio als besondere Gattung von der doli exceptio ausgeschieden wurde und in dieser Ausscheidung die Eigenthümlichkeit erhielt, a parte actoris exceptio in rem zu sein, so fragt man sich, ohne jedoch auf diese Frage eine unmittelbare Antwort in den Quellen zu finden, warum nicht lieber die doli exceptio generalis entweder gleich anfänglich zur exceptio a parte actoris in rem gemacht wurde, oder doch später, nachdem im Laufe der Zeit das Bedürfniss sich kund gegeben hatte?

Ich wenigstens vermag keinen Grund zu entdecken, warum die doli exceptio in engerer, nicht auch die metus exceptio umfassender Bedeutung, nicht mit gleichem Rechte wie letztere soll a parte actoris exceptio in rem sein. Ist aber dies der Fall, so scheint es, es hätte die Praxis bei der metus exceptio zu der Einsicht gelangen müssen, was bei dieser, als einer Gattung der doli exceptio beobachtet wurde, das sei auch bei der doli exceptio im Allgemeinen und also auch dann zu beobachten, wenn sie sich nicht als specielle metus exceptio ansehen lasse. Vielleicht sind folgende historische Aufklärungen nicht zu verwerfen.

Das Edict des Prätors: quod vi metusve causa gestum erit, ratum non habebo, dürfen wir wohl mit Fug und Recht für das nämliche halten, welches Cicero in Lb. 1. ep. 1. cp. 7. ad Quint. fratrem erwähnt (Vol. III. P. 1. pag. 381. ed. Orelli). Hier spricht er von einem Prätor C. Octavius und sagt in Hinsicht auf dessen Amtsführung: cogebantur Sullani homines, quae per vim et metum abstulerant reddere. Demnach und vorausgesetzt das Edict, wodurch gegen die Sullanos homines, wie sie Cicero nennt, geholfen wurde, ist das in l. 1. pr. quod metus c. gedachte, so war die Noth der Sullanischen Zeit der Bestimmungsgrund, aus welchem der Prätor kein vi metuve abgeschlossenes Geschäft für gültig hielt*). Diesem Bestimmungsgrunde aber entsprach es, und nur dann ward die Absicht des Prätors erreicht, wenn Jeder von Jedem das durch Furcht oder Gewalt ihm Abgepresste

*) Auch sehen wir aus des Cic. in Verrem III. cp. 65., dass der Prätor C. Octavius der Schöpfer dieses Edictes war. Lucius Metellus hatte dasselbe später als Prätor in Rom befolgt, und befolgte es anderweit, als er Prätor in Sicilien ward. Ein C. Gallius verklagte hier vor demselben einen Apronius und forderte: ut ex edicto suo judicium daret in Apronium, quod per vim aut metum abstulisset. Unmittelbar darauf setzt Cicero hinzu: quam *formulam Octavianam* et Romae Metellus habuerat, et habebat in provincia.

Von selbst versteht es sich, dass ich nicht der erste bin, der auf die oben citirten Stellen des Cicero ist aufmerksam geworden. Nicht aber glaube ich, dass man bisher dieselben in eine begreifliche Stellung zu der exceptio doli gebracht habe.

mittels Klage beitreiben, durch eine exceptio sich gegen Jeden schützen konnte, der ein Rechtsverhältniss geltend zu machen suchte, dessen Dasein durch Gewalt und Furcht war herbeigeführt worden. Nun glaube ich, dass, als dies Edict gegeben wurde, noch Niemand an exceptio doli gedacht hatte; ich glaube dies, weil das Edict des Prätors in der Regel keinen andern Rechtsbedürfnissen zu entsprechen suchte, als denjenigen, deren sich bereits das Civilrecht bewusst geworden war, und in Formeln sicher zu stellen gesucht hatte, deren sich zu bedienen dem Gutdünken der Betheiligten bereits eine Zeit lang war überlassen geblieben. Dass aber erst in Cicero's Tagen Aquilius Gallus sich Ruhm erwarb durch Erfindung von Formeln, die Schutz gegen dolus zu gewähren berechnet waren, das ist aus Cicero's Büchern von den Pflichten genugsam bekannt, und in altrömischer Art und Weise liegt es, dass das Edict des Prätors sich nicht übereilte, für das Interesse des Verkehres diejenige Vorsorge zu nehmen, welche auf dasselbe die Juristen bereits durch die Formularjurisprudenz gewendet hatten. Uebrigens ist doli exceptio, die somit späteren Ursprunges ist als die metus exceptio, zuverlässig früher als die actio doli von dem Edicte eingeführt; denn derjenige, dem ich blos eine Exception verstatte, ist weniger geschützt als derjenige, dem ich eine Klage gebe, und es liegt in der Natur der Sache, dass der Schutz, welchen die Rechtsverhältnisse durch das prätorische Edict erhielten, denselben anfänglich auf minder und erst später auf mehrumfassende Weise gewährt wurde. Nicht minder begreiflich ist es, dass der Prätor die Exception also formulirte, si in ea re nihil (dass nach richtiger Lesart man *nihil* hier einzuschalten habe, das ist klar wie das Sonnenlicht) dolo *malo actoris* factum est, nicht aber — m. s. l. 2. pr. de doli mali et metus exceptione — so: si in ea re nihil dolo malo factum est. Denn der Erfahrung geläufiger und ihr näher liegend als der Fall, wo der Beklagte in Folge des doli verlieren soll, den ein Dritter verübt hat, ist der, wo das durch dolus herbeigeführte Rechtsverhältniss, aus dem Jemand belangt wird, durch

den dolus des Klägers selbst ist bewirkt worden. Endlich wurde die actio de dolo malo gegeben. Diese hatte die Bestimmung überall ein Klagerecht zu gewähren, wo dies des Prätors Gerechtigkeit erheischte und eine andere Klage nicht gegeben war*). Unrecht scheint mir demnach Ulpian, der Verfasser von §. 33. cit., zu haben, wenn er glaubt und lehrt, später als die doli exceptio sei die metus exceptio entstanden. Auch dürfte es keine Anmaassung sein, zu richtiger Auffassung eines einzelnen historischen Momentes im röm. Rechte sich nach länger als einem Jahrtausend für mehr befähigt zu halten, als es ein röm. Jurist gewesen. Denn dass in keinem solchen sonderliche Neigung und Fähigkeit zu historisch kritischer Betrachtung des Rechtsstoffes vorwaltete, das ist eine unbestrittene Wahrheit. Auch kann die Stelle an und für sich selbst uns davon überzeugen, dass Ulpian von Ansichten ausgegangen ist, die nicht die herrschenden in den Tagen waren, wo die betreffenden Edicte entstanden. Jene erweiterte Bedeutung des dolus, welche verstattet ein jedes absichtlich widerrechtliche Verfahren, und also auch vim metumve, darunter zu begreifen, die war sicherlich nicht in des Cassius Tagen im Gange. Ulpian selbst, dem, gleich seinen juristischen Zeitgenossen, diese weiteste Bedeutung des Wortes allüberall in der Praxis geläufig war, schliesst da, wo er von Definition des metus spricht, sich noch der an, die Labeo gegeben hatte, und welche den Begriff in Vergleich zu dessen Handhabung in der spätern, dem Ulpian gleichzeitigen Praxis zu eng umgränzte**). Angenommen aber unter dolus hätte Cassius auch vim metumve verstanden, alsdann hätte die Praxis gegen den Sinn des Edictes verstossen, wenn sie die metus exceptio nicht eben so behandelt hätte, wie die doli exceptionem. Dies aber wird niemand glaublich finden, dem es nur einigermaassen ist

*) M. s. l. 1. §. 1. de dolo malo. (4. 3.) quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo.

**) l. 1. de dolo malo. Ulpianus libro XI. ad edictum. . . . §. 2. Dolum malum Servius quidem ita definiit, machinationem quandam al-

klar und einleuchtend geworden, wie das Edict des Prätors einerseits sich in dem Maasse erweiterte, in dem die fortschreitende Ausbildung der Formeln des juris civilis die Einsicht in das Rechtsbedürfniss erweitert hatte, andrerseits aber auch wieder von der interpretatio juris jeder Vorschrift des Edictes nach und nach die Anwendung in jedem mit dessen Worten vereinbaren Sinne gegeben wurde, ganz abgesehen davon, wie nah oder wie fern es dem edicirenden Prätor mochte gelegen haben, jenen Sinn mit den Worten zu verbinden. Das zunächstliegende Resultat aus obigen Bemerkungen fasse ich in die 2. Sätze zusammen:

a) es ist eine Incongruenz des röm. Rechtes nicht die exceptio doli, wohl aber die zu derselben wie species zum genus sich verhaltende exceptio metus als exceptionem ab actoris parte in rem zu behandeln;

b) diese Incongruenz ist entstanden dadurch, dass das Edict über exceptio und dann actio doli späteren Ursprunges ist, als das Edict quod vi metuve gestum, und dass, als exceptio doli gegeben wurde, der Prätor keine Ahnung davon hatte, in dem erweiterten Sinne, den eine spätere Praxis dem Worte dolus beilegen werde, sei der Begriff vis metusve aufzugehen bestimmt, und somit im Voraus eine Incongruenz der Praxis verhangen.

§. 4.

Fortsetzung. Hieran in Beziehung auf die Praxis sich anschliessende Bemerkung.

Da gedachte Incongruenz zwischen doli und metus exceptio nicht hinwegzudisputiren ist, so müssen auch diejenigen Juristen, welche meinen, Gesetz könne und

terius decipiendi causa, quum aliud simulatur, et aliud agitur. Labeo autem, posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur, posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per ejusmodi dissimulationem deserviant, et tuentur vel sua, vel aliena. Itaque ipse sic definiit, *dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam.* Labeonis definitio vera est.

müsse für uns sein, was in dem Corp. jur. steht, dieselbe in Lehre und in Praxis durchführen. Anders hingegen diejenigen, welche die von mir im 4. Bande der Rechtsfälle vertheidigte Ansicht theilen, nach welcher das Corp. jur., verbindet man damit verkehrter Weise den Begriff eines Gesetzbuches, ebenso schädlich auf den Rechtszustand einwirkt, als seine Einwirkung auf denselben lebendig und fördernd ist, sobald wir uns gewöhnen, in der Pandectencompilation nichts anderes als erhaltene Denkmäler einer Praxis zu erblicken, die eben um deswillen eine höchst vortreffliche war, weil Theorie und Wissenschaft den allergeringsten Einfluss auf ihre Ausbildung hatten, indem vielmehr jeder ihrer Fortschritte Hand in Hand mit der im Leben mehr und mehr sich steigernden Erkenntniss des Rechtsbedürfnisses und also auch der Rechtswahrheiten ging. Wer von dieser Ansicht durchdrungen ist, der wird die doli exceptio eben so wie die metus exceptio als eine ab actoris parte in rem gehende behandeln und zwar um deswillen, weil er an und in der röm. Praxis begriffen hat, dass man ausserdem in eine offenbare Inconsequenz verfällt, die bei den Römern wahrzunehmen nicht befremdend ist, weil wir uns Momente vergegenwärtigen können, die auf dem Standpuncte der Römer, welche nie von generalisirenden Theorien ausgingen, diese Inconsequenz herbeiführten. Dass aber auch in dieser Beziehung es sich kund giebt, wie die römische Praxis, d. h. die der classischen Juristen, sich fort und fort in und durch sich selbst berichtigte, das sehen wir aus Stellen, in welchen ganz unverkennbar uns das Bestreben entgegentritt, die doli und metus exceptio einander in der mehrgedachten Hinsicht gleichzustellen. So z. B. — m. s. Bd. II. S. 320. u. 321. — wird gegen denjenigen Kläger, welcher das Recht, das er geltend macht, titulo lucrativo erworben hat, die doli exceptio eben so wie metus exceptio als eine in rem gehende behandelt. Ja Pomponius, dem allem Anscheine nach Ulpianus beistimmte, hat bereits von der Regel: exceptio doli geht nicht ex persona actoris in rem, eine Ausnahme gemacht, deren Ration, führt man sie conse-

quent durch, den Umsturz der Regel herbeizuführen scheint. Die Stelle, wodurch ich vorstehende Behauptung rechtfertige — l. 4. §. 30. de doli mali et m. exc. (44. 4.) Idem tractat Pomponius, et in eum, qui pignori accepit, si Serviana vel hypothecaria actione experiatur; nam et hunc putat Pomponius summovendum, quia res ad eum, qui dolo fecit, reversura est. — ist bereits am a. O. hervorgehoben worden. Indess in vorliegendem Zusammenhange verdient sie eine anderweite Betrachtung.

Vergegenwärtigen wir uns den Fall an einem Beispiele:

Den Balbus, Eigenthümer einer Sache, die Aulus zu kaufen wünschte, hat Aulus auf betrügliche Weise zum Verkauf der Sache bestimmt. Aulus verpfändet, nachdem er die Sache übergeben erhalten, dieselbe an Cajus. Später kommt aber Decius in Besitz der Sache und würde, da er des Balbus, des betrogenen vormaligen Eigenthümers, Erbe geworden, nunmehr selbst unbestreitbar Eigenthümer davon sein, hätte sie nicht Balbus an den Betrüger Aulus veräussert.

Jetzt klagt Cajus auf Grund seines Pfandrechts gegen den Decius, und nun fragt es sich, ob mit Erfolg Decius dem Cajus kann exceptionem doli entgegenstellen?

Nach der hinsichtlich dieser Ausflucht geltenden Regel scheint dies, weil Cajus an dem Geschäfte zwischen Aulus und Balbus nicht Theil genommen, eine Unmöglichkeit. Nicht aber so will Pomponius, will der demselben beistimmende Ulpian es gehalten wissen, sondern es soll Decius exceptionem doli haben, welche ihren Grund nur in dem betrügerischen Verfahren des Aulus, einer dem vorliegenden Rechtsstreite fremden Person finden konnte. Der Entscheidungsgrund ist der: *quia res ad eum, qui dolo fecit, reversura est*, und bei näherer Betrachtung unbefriedigend. Erstlich: weil sich der Sache Rückkehr an Aulus keineswegs mit unbedingter Gewissheit annehmen lässt. Denn sobald Aulus nicht im Stande ist, die Schuld zu berichtigen, so kommt auch das Pfand nicht wieder an ihn zurück, und also bleibt es immer ungewiss, ob nicht der unschuldige Decius statt des

schuldigen Aulus leiden soll. Zweitens lässt — und das ist hier das Wichtigste — die in dem vorliegenden concreten Falle gemachte Ausnahme sich auf keinen andern, als den Rechtssatz zurückführen: dem unschuldigen Kläger steht die exceptio doli entgegen, wenn anzunehmen ist, der Schuldige werde davon die seine Arglist bestrafenden Wirkungen empfinden. Allemal aber, wenn der unschuldige Kläger in das Rechtsgeschäft titulo oneroso eingetreten ist, wird der Schuldige die Wirkungen der except. doli empfinden, sobald man sie als exceptio in rem ex actoris persona gelten lässt. Denn solchenfalls wird der Kläger die Evictionsklage oder irgend eine andere dem wesentlichen Zwecke nach gleiche gegen seinen Vormann haben, und sollte auch dieser nicht selbst den dolus verübt haben, so wird er ebenfalls an seinen Vormann regrediren und so die in der Reihenfolge der Regressklagen zuletzt erhobene den Schuldigen treffen.

Nach alle dem scheint mir der Entscheidungsgrund, wodurch im §. 30. cit. die Ausnahme von der Regel soll motivirt werden, letztere in allen Fällen zu zerstören, wo der Kläger titulo oneroso in das Rechtsverhältniss eingetreten ist.

Nehmen wir nun hinzu, dass wenn des Klägers Eintritt in dies Verhältniss nach Erbgangsrecht erfolgte, ihm ohnehin die nämlichen Exceptionen entgegenstehen, die gegen den Erblasser selbst konnten geltend gemacht werden, endlich schon obengedachtermaassen überhaupt — m. s. §. 29. l. 4. cit. — demjenigen Kläger, welcher lucrativam causam nactus est, die exceptio doli auch ex emtoris persona kann entgegengestellt werden, so ergiebt sich, dass wir zwar nicht nach den Buchstaben der Pandecten, wohl aber der röm. Praxis ihrer Tendenz nach conform verfahren, wenn wir den besprochenen Unterschied zwischen doli et metus exceptio gänzlich fallen lassen.

§. 5.

Welcher Art thatsächliche Umstände begründen die exceptionem metus?

Dass auf diese Frage noch keineswegs eine theoretisch genüglich bestimmte Antwort gegeben ist, davon hat mich folgender Fall überzeugt:

Von einem Handlungshause war mit dem Inhaber eines Fabrikgeschäftes die Uebereinkunft getroffen worden, allwöchentlich solle letzterer an ersteres eine festgesetzte Anzahl Stücke eines gewissen Fabricates liefern, und dafern die jedesmalige Lieferung nicht die festgesetzte Stückzahl erfüllte, für jedes fehlende Stück eine verabredete Conventionalstrafe erlegen.

Da die Lieferungen unterblieben waren, so klagte das Handelshaus auf Erlegung der Conventionalstrafe. Der Beklagte wendete ein, die Uebereinkunft, welche während einer Leipziger Messe und Beklagtens Aufenthalt daselbst war geschlossen worden, sei seinerseits nicht verbindend, weil derselben metus exceptio entgegenstünde, und dies zwar thatsächlich also:

Beklagter habe von dem Kläger eine im Wege des Processes nicht sofort realisirte Buchschuld zu erwarten gehabt, und sei derselben benöthigt gewesen auf das allerdringendste, indem er ausserdem nicht würde im Stande gewesen sein, eine verfallene Wechselschuld zu bezahlen, solchenfalls ihn unfehlbar Wechselarrest, Störung des Credits, ja Vernichtung seiner mercantilischen Existenz gedroht und der hiervon unterrichtete Kläger erklärt habe, er leiste die Zahlung nicht eher, als bis vom Beklagten das jene Uebereinkunft enthaltende Document unterzeichnet sei.

Vorausgesetzt, das Anführen war gegründet, so war auch des Beklagten Lage fürchterlich genug gewesen, um es glaublich und begreiflich zu finden, die Furcht habe ihn bestimmt, die Uebereinkunft einzugehen, und dennoch

musste es bedenklich scheinen, Beklagtens Freisprechung vom Beweise der Wahrheit jenes Vorbringens abhängig zu machen. Denn ob Jemand gutwillig zahlen oder der gerichtlichen Einklagung der Schuld und allen mit dieser verbundenen Unannehmlichkeiten sich aussetzen will, das ist in seine Wahl gegeben, und somit konnte der Kläger sagen: wenn Beklagter des Abschlusses der Uebereinkunft sich als des Mittels bedient hat, wodurch er mich bestimmte zu wählen, was ihm das Zusagendste war, so sehe ich nicht ein, warum die Uebereinkunft soll ungültig sein, welche die ihm erwünschte Folge gehabt hat. Man sieht ohne weiteres, hier kommt alles darauf an, den Begriff von metus als Basis der exceptio metus festzustellen. M. s. w. u. S. 26. u. 27. — Das soll in den nachstehenden §§ geschehen. Dabei wird sich zugleich ergeben, wie übel die Pandecten unter andern auch insofern organisirt sind, als es darauf ankam, den in Frage gestellten Begriff hinreichend zu bestimmen. Ein besonderer Nachtrag wird das Nöthige über die einschlagende Literatur sagen, die in neuster Zeit die seltsamsten Dinge über das metus causa gestum vorgebracht hat.

§. 6.

Bestimmung des Begriffes metus.

Ungeachtet dessen, was vorstehend gegen die Literatur und die Quellen ist ausgesprochen worden, lege ich dennoch letztere, jedoch vorläufig nur in so weit, der Betrachtung zu Grunde, als die concreten in ihnen enthaltenen Fälle factische Verhältnisse aufstellen, an denen unsre Vorstellungen sich entwickeln und berichtigen können.

Alle Furcht ist die Scheu vor einem Uebel, von dem wir uns entweder wirklich oder nur vermeintlich bedroht finden, und es leuchtet ein, dass wir es nicht fürchteten, wenn wir uns im Stande glaubten, es abwenden zu können. Das Unabwendbare ist eine Gewalt, und somit die Furcht Wirkung einer Gewalt, *metus* die Wirkung der

vis. Daraus folgt, dass die Worte Ulpian's in l. 9. pr. des vorliegenden Titels *) Folgendes sagen:

Die Behauptung, durch Furcht sei man bewogen worden, ein Rechtsgeschäft einzugehen, ist zu allgemein; denn die blosse Besorgniss, es könne, gingen wir dasselbe nicht ein, möglicherweise uns ein Uebel treffen, stellt kein metus causa gestum her, sondern es wird dazu erfordert, dass wir wirklich von einem Uebel bedroht waren (metus praesens) und nur das in Frage stehende Rechtsgeschäft als das Mittel zur Abwendung des Uebels erschien **); aber auch der metus praesens ist ohne Einfluss auf die Gültigkeit des Geschäfts, wenn er in den Verhältnissen an sich lag, und ohne dass er von Jemanden absichtlich als das Mittel ist herbeigeführt worden, wodurch der Betheiligte sollte zu Eingehung des Rechtsgeschäfts bestimmt werden.

*) Metum praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus. Et ita Pomponius libro vicesimo octavo scribit; ait enim metum illatum accipiendum id est, si illatus est timor ab aliquo.

**) Dies als allgemein gültige Wahrheit angenommen — weiter unten wird sich ergeben, ob man das dürfe — würde der Verkäufer, dem ein Gläubiger mit Wechselarrest gedroht hat, dafern er nicht sein Grundstück um den angebotenen zu niedrigen Preis verkaufen sollte, der auf Vollziehung des Kaufes gerichteten Klage exceptionem metus entgegensetzen. In den Quellen gegebene Beispiele findet man in l. 3. §. 1. Ceterum, si per injuriam quid fecit populi Romani Magistratus, vel provinciae Praeses, Pomponius scribit hoc Edictum locum habere, si forte, inquit, mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorserit. l. 8. §. 2. Quod si dederit, ne stuprum patiatur vir seu mulier, hoc Edictum locum habet, quum viris bonis iste metus major, quam mortis esse debet.

Uebrigens versteht es sich, dass metus praesens nicht blos dann vorhanden ist, wenn ich ein Uebel als ein unabwendbar bevorstehendes ansehe, sondern auch dann, und noch viel mehr dann, wenn ich bereits davon betroffen bin und zu Beseitigung desselben kein andres Mittel als der Abschluss eines gewissen Rechtsgeschäftes sich darbietet. l. 22. Qui in carcerem quem detrusit, ut aliquid ei extorqueret, quidquid ob hanc causam factum est, nullius momenti est. l. 23. §. 2. Si foenerator inciviliter (widerrechtlicher Weise — m. s. §. 3. l. cit. —) custodiendo athletam et a certaminibus prohibendo cavere compulerit ultra quantitatem debitae pecuniae, his probatis competens judex rem suae aequitati restitui decernat.

Unter welchen höheren Satz sollen wir aber mit den eben aufgestellten vereinigen, was wir in l. 7. § 1. lesen? *)

Ein Ehebrecher wird von dem Ehemanne überrascht und giebt, ohne dass dieser sie fordert, die volle Börse hin, obschon er weiss, er brauche nur sich keines Mordwerkzeuges zur Deckung des Rückzuges zu bedienen, um dem Ehemann die Rechtszuständigkeit zu benehmen, sich tödtlich an ihm zu rächen. Dennoch entschliesst er sich zu dem Opfer, weil ihm wohlbekannte Beispiele einfallen, wie ein Ehebrecher niedergestossen wurde, ohne dass der Beleidigte gewartet hätte, bis jener den Degen zöge; und auch unter diesen Umständen kann das Gegebene actione quod metus causa **) gefordert werden.

Ebenso wenn der Ehebrecher von einem Dritten ist entdeckt worden, und er diesem unaufgefordert die Börse gab, weil er befürchtete, ausserdem werde der Vorfall bekannt und ihm des Beleidigten Rache so gefährlich werden, als sie es ihm hätte werden können, wenn er von diesem selbst wäre entdeckt worden. Niemand aber hat in solchen Fällen etwas gethan, um in dem Ehebrecher eine Furcht zu erregen, die seinen Entschluss bestimmen sollte. Auch hier kann man sagen, was in einem andern Falle die Quellen als Grund für Verweigerung der actio quod. m. c. anführen: Nemo adultero sed adulter ipse metum sibi intulit, m. s. l. 21 pr ***).

*) Proinde si quis in furto, vel adulterio deprehensus, vel in alio flagitio, vel dedit aliquid, vel se obligavit, Pomponius libro vicesimo octavo recte scribit, posse eum ad hoc Edictum pertinere; timuit enim vel mortem, vel vincula, quamquam non omnem adulterum liceat occidere, vel furem, nisi se telo defendat; sed potuerunt vel non jure occidi, et ideo justus fuerit metus. Sed etsi, ne prodatur ab eo, qui deprehenderit, alienaverit, succurri et per hoc Edictum videtur, quoniam, si proditus esset, potuerit ea pati, quae diximus.

**) Da die actio metus und exceptio metus auf gleichen factischen Voraussetzungen beruhen, so war es unbedenklich, im Texte geschehener Maassen von der Stelle Gebrauch zu machen.

***) Si mulier contra patronum suum ingrata facta sciens se ingratam, quum de suo statu periclitabatur, aliquid patrono dederit vel promiserit, ne in servitutem redigatur, cessat Edictum, quia hunc sibi metum ipsa infert.

Ferner: Nirgends ist gesagt, dass jeder gewaltsame, furchterregende Zustand soll in Betracht kommen, jedoch erklären die Quellen so viel, unwiderstehliche Gewaltsamkeit *), eine Gewalt, die einschüchternd auch auf den Standhaftesten wirke **), sei entscheidend. Dies verlangen die untenstehenden abgedruckten Fragmente ***). Vergleichen wir hiermit andere Stellen, so gerathen wir auf Steine weiteren Anstosses. Denn während nach Obigem es scheinen kann, metus exceptio sei nur da zulässig, wo ein Verhältniss der Art vorliegt, dass, durchschnittlich genommen, Niemandem sich zutrauen lässt, er würde dessen Einfluss auf seine Entschliessungen überwunden haben, hebt l. 5. ****) alle objective Sicherheit in Anwendung einer solchen Vorschrift auf, indem hier nur eine *major malitas*, oder nach andrer, den Sinn völlig unverändert lassender Lesart, ein *majus malum* erfordert wird. Wer nun aber weiss, dass, wenn in einem Vordersatze das Adjectiv des Hauptwortes im Comparativ steht, nicht aber der Satz in noch einem andern Hauptworte ein Object der Vergleichung angiebt, alsdann die Bedeutung des Adjectives dem Grade nach weit, weit hinter den Superlativ zurückgesetzt wird, der entnimmt aus l. 5. cit. die Ueberzeugung, Labeo's Meinung sei dahin gegangen, ausreichend sei in vorliegender Beziehung jedes Uebel, das der davon Betroffene für gross genug halte, um sich Mühe zu geben, dasselbe zu vermeiden.

Auch ist in der Casuistik von l. 23. § 1. †) und 3 ††) nichts wahrzunehmen, das jedenfalls vorauszusetzender

*) l. 1. quodcunque *vi atroci* fit, *id* metu quoque fieri videatur.

**) l. 6. Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc Edictum pertinere dicemus.

***) l. 4. Ego puto etiam servitutis timorem similiumque admittendum.

****) l. 5. Metum accipiendum, Labeo dicit, non quemlibet timorem, sed *majoris malitatis*.

†) Si justo metu perterritus cognitionem, ad quam ut vinctus iret, potens adversarius minabatur, id, quod habere licebat, compulsus vendidit, res suae aequitati per Praesidem provinciae restituitur.

††) Si quis quod adversario non debebat, delegante eo, per vim, apparitione Praesidis interveniente, sine notione judicis coactus est

Weise für Jedermann so überaus schrecklich nnd furchterregend wäre. In § 1. wird Jemand den wohlerworbenen und ihm nicht streitig zu machenden Besitz einer Sache mittels Verkaufes aufzugeben dadurch bestimmt, dass ein mächtiger einflussreicher Mann dem Betheiligten einen Process an den Hals zu werfen und ihn vor einen Richter zu stellen drohte, der den Beklagten recht- und vertheidigungslos würde gelassen haben, vor dem derselbe „wie mit gebundenen Händen würde erschienen sein" — cognitionem ad quam *ut* vinctus iret *). — Da nun diese parteiische cognitio nicht die des Präses war, gegen die zu recurriren einem nicht besonders hochstehenden Provinzialen ziemlich schwer dürfte gewesen sein **), sondern

dare, judex inciviliter extorta restitui ab eo, qui rei damnum praestiterit, jubeat. Quodsi debitis satisfecit simplici jussione, et non cognitione habita, quamvis non extra ordinem exactionem fieri, sed civiliter oportuit, tamen quae solutioni debitarum ab eo quantitatum profecerunt, revocare incivile est.

*) Herr von Savigny, in seinem Systeme des heutigen röm. Rechtes Bd. III. S. 105., hat dieses Fragment missverstanden. Man urtheile selbst. Daselbst citirt er in not. k. l. 4. cit. (ego puto etiam servitutis timorem, *similiumque* attendendum) und setzt hinzu: „Die similia sind nun eben die in Note i angeführten Drohungen: Gefängniss oder Fesseln," und in not. i. sind citirt l. 7. §. 1. und l. 22., schlüsslich aber auch l. 23. §. 1. m. s. S. 16. Anmerk. 5., was denn klärlich beweist, des wohlverständlichen Lateins ungeachtet, hat er geglaubt, im obenerwähnten Falle sei davon die Rede, der Verkäufer habe sich von Ketten und Banden bedroht gesehen.

**) Sehr sprechend ist in dieser Beziehung §. 3. l. cit. m. s. S. 16. Anmerk. 6.

Die Lesart *apparitore* ist gewiss falsch; denn das Unrecht bestand nicht darin, dass ein Gerichtsdiener etwas erzwungen hatte, sondern — m. s. das Ende der Stelle — darin, dass der Betheiligte simplici jussione anstatt cognitione habita war zur Zahlung genöthigt worden. Darum darf aber auch die richtige Lesart apparitione nicht von dem Amtsgeleite des Präses verstanden werden, sondern es ist Erscheinung, Auftreten, das dazwischen kommende Erscheinen und Auftreten des Prätors. Aus l. 1. C. de locatione praedior. civ. (1. 70.) hat jene falsche Bedeutung von apparitio sollen hergeleitet werden. Offenbar aber geben, wenn man hier apparitio von dem Amtsgeleit versteht, die Worte: neque.... quicquam potest ex decretionis plenitudine vacillare si apparitione judiciaria, — d. h. unter Einschreiten des richterlichen Amtes — fundi idoneis attributi sunt

die einer Unterbehörde — denn ausserdem würde nicht der Praeses Restitution ertheilt haben — so war die Lage des Betheiligten nicht so überaus schlimm, da der ungerechte Richter jedenfalls konnte angehalten werden, für die Folgen seines gewissenlosen Verfahrens zu entschädigen.

Sämmtliche obstehend citirte Fragmente denken sich das metus causa gestum also, dass von den zwei Interessenten, zwischen denen ein Rechtsgeschäft zu Stande kam, der eine, in dessen Hand es lag, über den andern nach Belieben ein Uebel herbeizuführen, den Abschluss des Geschäftes gleichsam als den Preis setzt, für den er keinen Gebrauch von der Gewalt machen wollte, welche ihm die Umstände über jenen gaben. Eine ganz andre Gestaltung der Verhältnisse nehmen wir in l. 8. § 1.

einen völlig verkehrten Sinn. Auch aus Cicero (ep. ad Q. frat. Lb. 1. 4. Vol. III. P. 1. pag. 378. ed. Orelli) hat man die gegenwärtig gerügte falsche Interpretation des Wortes ableiten wollen. Ebenfalls irrigerweise. Die Stelle lautet also: quos vero aut ex domesticis convictionibus aut ex necessariis apparitionibus tecum esse voluisti, qui quasi ex coborte praetoris appellari solent. Jedermann sieht, dass unter den necessariis apparitionibus auch die Amtsdienerschaft mit begriffen ist, nicht aber apparitiones die Bezeichnung von Amtsdienerschaft ist.

Da in Obigem ich mich habe veranlasst gesehen, auf linguistische Bemerkungen einzugehen, so ergreife ich die Gelegenheit, einen Irrthum zu verbessern, den ich Bd. IV. S. 356. v. S. m. nachgeschrieben habe. Erst nach dem Abdrucke wurde es mir bedenklich mit v. S. — m. s. dessen Bd. III. S. 287. — die mensas citreas in l. 21. §. 2. de act. emt. (19. 21.) für Tische aus Citronenholz zu halten. Diese Holzart konnte in dem alten Rom nicht kostbarer sein, als bei uns Birn- oder Pflaumenbaumholz. Die Vermuthung eines Missverständnisses hat sich mir bestätigt durch die Histoire naturelle de Pline par *Ajasson* de *Grandsagne*, annotée par Beudant etc. Paris 1831. Hier sagt *Fée*, der bekannte grosse Botaniker, in der 121. Note Tom. IX. pag. 133. von demjenigen Citrus, aus welchem die Alten theure Tische verfertigten, Folgendes: ce citrus n'a aucun rapport avec le citronnier des modernes. Jenen Citrus beschreibt er alsdann umständlich, als einen Baum, der eine bedeutende Stärke erreichte, so dass aus dem Stamme grosse Tischplatten eines Stückes konnten geschnitten werden, der feinadrig, der grössten Politur fähig und dabei wohlriechend, mit einem Worte von köstlicher Holzart war. M. s. a. Becker's Gallus. Bd. I. S. 138 u. 139.

wahr*), wo jedoch um nichts weniger, wie wir dies aus dem ganzen Zusammenhange des Fragments ersehen, ein metus causa gestum angenommen wird.

Aulus ist in Besitz von Documenten, und diese sind das einzige Mittel, wodurch Balbus, wenn Cajus letzteren in servitutem vindiciren will, den status libertatis darzuthun vermag. Mit diesen Documenten droht Aulus, dafern er nicht von Balbus eine gewisse Summe Geldes erhält, so zu verfahren, dass diesem dies wichtige Beweismittel verloren gehen soll. Das ist, nach Inhalt der Stelle, ein metus causa gestum schon dann, wenn Balbus nur der Möglichkeit ausgesetzt ist, in servitutem vindicirt zu werden, und ist's also, nur noch schlagender, auch dann, wenn die vindicatio in servitutem bereits obschwebt.

Nun erwäge man aber, dass hier nicht Aulus es ist, von dem aus ein Uebel gegen den Balbus droht, sondern diesem Aulus nur nicht umsonst die Mittel vergönnt, das von einer ganz andern Seite her drohende Uebel abzuwenden und dass, obschon Jedermann verbunden ist, den andern nicht zu beschädigen, doch auch ohne besonders dazu vorhandenen Grund der Verbindlichkeit, Niemand gezwungen werden kann, etwas in des andern Interesse zu thun. Wenn Aulus Eigenthümer der Documente ist, so hängt im Allgemeinen und bis nicht erweisliche Ausnahmen vorliegen, es von seiner Willkühr ab, sie ganz und gar zu vernichten, und dass Aulus nicht deren Eigenthümer gewesen sei, das sagt das Fragment nicht, oder betrachtet dies doch sicherlich — denn sonst hätte es darüber sich ausgesprochen — als etwas Gleichgültiges**). Was, kann man also fragen, ist der Grund,

*) Si is accipiat pecuniam, qui instrumenta status mei interversurus est, nisi dem, non dubitatur, quin maximo metu compellat; utique si jam in servitutem petor, et illis instrumentis perditis liber pronuntiari non possum.

**) Interversurus möchte man geneigt sein, von hinterziehen, unterschlagen zu verstehen und so allerdings die Andeutung eines dem Balbus an den Documenten zustehenden, von dem besondern Interesse, das er durch die Umstände an ihrer Erhaltung hat, unab-

den Aulus in seiner, wenn gleich lieblosen Willkühr, aus Rücksichten für das Interesse eines andern, zu beschränken? Warum soll er behindert sein, einen Preis zu setzen, wofür er sich dieser, ihm zustehenden Willkühr entäussern will? Und doch sagt uns das Rechtsgefühl, recht und gut thue das Fragment, ihn also zu beschränken, obschon wir uns auch wieder eine Gestaltung der Umstände denken können, wo wir geneigt sein würden, das Gegentheil zu behaupten. Man nehme an: die nämlichen Documente, welche für den status des Balbus von Wichtigkeit sind, hätten durch die Berühmtheit der Hand, von welcher sie geschrieben sind, für einen Autographensammler einen Werth, und eine bedeutende Summe wäre dafür von jenem Sammler geboten worden. Zeigte in solchem Falle Aulus dem Balbus an, er werde die Documente weggeben, dafern er nicht mindestens gleichviel von dem Balbus erhielte, so würden wir, wenn Balbus das Geforderte zahlt, das nicht als ein metus causa gestum ansehen; wenigstens nicht in dem Sinne der Pandecten, die damit die Vorstellung einer Widerrechtlichkeit verbinden.

Ferner: es ist, wie wir weiter unten sehen werden, behauptet worden, Tod, Ketten und Banden oder wohl gar Schändung der Person, kurz irgend eine Atrocität, wie sie so selten vorkommt, dass, dafern die Voraussetzungen des metus causa gesti sich in der That hierauf beschränkten, der Begriff kaum von Wichtigkeit für die praktische Jurisprudenz sein könnte, wären um nichts weniger dessen einzige zulässige Voraussetzung. Ich frage aber, ob nicht jeder gesunde Sinn ein die Ungültigkeit der darauf basirten Verbindlichkeit erheischendes metus causa gestum auch unter folgenden, nichts weniger als überaus entsetzlichen Umständen annehmen wird: der Besitzer einer Million, der aber dessenungeachtet keine 1000 Thaler um nichts einbüssen will, sieht voraus, um

hängigen Rechtes gegeben glauben. Allein intervertere bedeutet in dem damit verbundenen allgemeinsten Sinne, nur ein Entziehen aus dem Bereiche und Gebrauche eines andern. Das verbotene Entziehen ist nur die engere aus der allgemeineren abgeleitete Bedeutung, die sich nur annehmen lässt, wenn ein besondrer Grund dazu vorliegt.

so viel werde er in einem Processe kommen, wenn er ausser Stande sein sollte, gewisse Urkunden edirt zu erhalten. Der Besitzer derselben eröffnet dem reichen Manne, bevor die Edition gesucht und rechtskräftig darauf erkannt sei, werde er die Urkunden vernichten, wenn ihm jener nicht über 200 Thaler zahlbar nach gewonnenem Processe einen Wechsel ausstellte. Ich würde Anstand nehmen, es für ein Unrecht zu halten, wenn der Betheiligte den Wechsel ausstellte, die Documente producirte und alsdann das Geschäft mit dem Edirenden demselben als ein metus causa gestum zu Wasser machte.

§. 7.

Nicht von den Quellen normirte Betrachtung des quod metus causa gestum.

Hat das Individuum *) ein Recht aufgegeben oder eine Verbindlichkeit übernommen und es war dazu gesetzlich gehalten, so versteht es sich von selbst, dass das Geschäft eben so unabgeändert bestehen muss, als dessen Motiv. Lag dieses aber nicht in einem Gesetze, so kann es zunächst nur in des Individuums Wahl und Entschluss gelegen haben. Denn auch demjenigen, welcher einen Contract unterzeichnete, weil der Mitcontrahent ihn mit geladener Pistole bedrohte, war es unbenommen, stand es also auch insoweit frei, das ist unbestreitbar gewiss, die Unterzeichnung zu verweigern und sich statt dessen niederschiessen zu lassen. Jeder Entschluss und jede Wahl ist aber bedingt von einem Zwecke, von einem Gute, das man damit zu erreichen beabsichtigt **). Dieses Gut ist entweder ein positives oder negatives; ein

*) Wer geneigt sein möchte, nachstehende Deduction unangemessen lang in Verhältniss zu der Einfachheit der damit auseinandergesetzten Wahrheiten zu finden, der halte seinen Missmuth so lange zurück, bis ihm die Gelegenheit ist gegeben worden, zu beurtheilen, ob nicht, der neusten juristischen Literatur gegenüber, es derselben bedurfte.

**) *Πᾶσα... πρᾶξίς τε καὶ προαίρεσις ʼαγαθοῦ τινός ἐφίεσθαι δοκεῖ.* Aristot. Eth. ed. Bekker. Berol. pag. 1.

negatives alsdann, wenn es sich nicht um Erhöhung der Summe des Wohlbefindens handelt, sondern davon irgend eine Minderung desselben zu vermeiden. Eine Verbindlichkeit übernehmen, ein Recht aufgeben, mit andern Worten ein Rechtsgeschäft abschliessen, um ein negatives Gut zu erreichen, heisst eben so viel, als dasselbe eingehen zu Vermeidung eines positiven Uebels, dasselbe aus Furcht eingehen. Der Umstand, dass Furcht Jemanden zu Vollziehung eines Rechtsgeschäfts bewogen hat, sie den Bestimmungsgrund für einen der Interessenten abgegeben, das ist, an und für sich selbst genommen, als etwas rein subjectives und einseitiges anzusehen und daher ohne allen Einfluss auf die Gültigkeit des Geschäftes, und kann keineswegs demjenigen, der dadurch bestimmt ward, das Befugniss verschaffen, zu verlangen, dass das Geschäft wieder aufgehoben werde, und also der Mitinteressent blos zum Besten einer fremden Persönlichkeit um die durch das Geschäft erworbene Zuständigkeit gebracht werde. Anders aber wird es jedenfalls dann müssen gehalten werden, wenn der Rechtszustand, indem er jenem Bestimmungsgrunde keinen Einfluss auf Beurtheilung eines in Folge desselben eingetretenen Rechtsgeschäftes einräumte, gegen seine allgemeinste und höchste Aufgabe verstiess, die darin besteht, jeder Persönlichkeit Sicherheit und Schutz gegen jede Willkühr, gegen die Nothwendigkeit zu gewähren, einem fremden Willen sich zu unterwerfen, aus diesem die Bestimmungen des eignen Willens zu entnehmen.

Daraus folgt, dass zwar im grammatischen und allgemeinsten Sinne des Wortes ein metus causa gestum in allen denjenigen Fällen vorliegt, wo ein Rechtsgeschäft das Mittel war, ein Uebel abzuwenden, jedoch im juristischen und engeren Sinne des Worts, in welchem es ein factisches zu Exception, Klage oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand berechtigendes Verhältniss ist, nur dann, wenn ausserdem der Rechtszustand ungesichert gegen irgend eines andern Willkühr bliebe.

Normen für Anwendung dieser Rechtswahrheit lassen nicht anders sich ermitteln, als indem man zugleich

die Casuistik des metus causa gestum sowohl in allgemeiner als engerer Bedeutung in erschöpfende Kategorien vertheilt und dadurch übersichtlich macht.

Um der Kürze willen bezeichnen wir ein für allemal die Person, in welcher ein metus causa gestum eingetreten, mit dem Namen Titius.

Titius ist von einem Verluste bedroht, den Cajus gegen eine bedeutende Vergütung abwendet*). Nicht kann, wird er auf Erfüllung des Versprechens belangt, Titius metus exceptio vorschützen dürfen. Allerdings hat ihn Furcht bestimmt, das Versprechen zu geben, allein keinem fremden auf Erklärung des Versprechens gerichteten Willen hat er unterlegen, als er dasselbe ablegte. Dieser Fall tritt ein, wenn Cajus, der, entweder vom Zufall oder von ihm absichtlich vorbereiteter Maassen, die Möglichkeit in seine Hand gegeben sieht, ein Verhältniss eintreten zu machen, das Titius als ein Uebel scheuen muss, den Abschluss eines Rechtsgeschäftes, sei es nun mit ihm, dem Cajus, oder einem Dritten, dem Decius, als den Preis vorschlägt, um den er sich will bestimmen lassen, jenes Verhältniss nicht eintreten zu machen. Geht Titius, der ausserdem das Geschäft abgelehnt hätte, auf den Vorschlag ein, so betrachtet er dasselbe als das mindere Ungemach, das Jedermann dem grösseren vorzieht. Hier unterliegt Titius einem fremden Willen; er unterliegt demselben offenbar um deswillen, weil Cajus oder Decius den Bestimmungsgrund dazu gegeben haben. Insofern als es in seine Wahl gegeben bleibt, anstatt der Vollziehung des Geschäfts sich dem gedachten grösseren Uebel auszusetzen, kann man sagen, er handle frei, indem er sich demselben nicht aussetzt. Sehr einleuchtender Weise ist aber diese Willensfreiheit derjenigen gleichzustellen, mit welcher er

*) Z. B. l. 9. §. 1..... eleganter tamen Pomponius ait, si, quo magis te de vi hostium, vel latronum, vel populi tuerer vel liberarem, aliquid a te accepero, vel te obligavero, non debere me hoc Edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim submisi; ceterum si alienus sum a vi, teneri me non debere, ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor.

sich zum Fenster hinaus stürzen würde, wenn hinter ihm das Treppenhaus in Flammen stünde. Unter solchen Umständen lässt sich, genau genommen, allerdings ohne contradictio in adjecto von einer voluntas coacta sprechen; und wirklich findet sich in den Quellen dieser beim ersten Anblick höchst tadelnswerth scheinende Ausdruck gebraucht *).

Hiermit ist aber noch immer nicht ein metus causa gestum in engerer Bedeutung des Worts gegeben; denn da ein Befugniss eben um deswillen ein Befugniss ist, weil man bei Ausübung desselben nicht danach zu fragen hat, wie angenehm oder unangenehm dieselbe einem andern sein möge, so wird der Umstand, dass Titius dem Willen des Cajus oder Decius unterlegen, ohne Einfluss auf die Gültigkeit des Geschäfts sein, wenn dieselben zu thun befugt waren, was sie für den erwähnten Preis zu unterlassen zusagten; z. B. Titius, der Besitzer eines neu etablirten Hotels, muss erwarten, damit nicht aufkommen zu können, wenn Cajus oder Decius ein andres in dem Nachbarhause etabliren. Bringt Titius ein von diesem oder jenem begehrtes Opfer, damit die gefürchteten Rivalen den Vorsatz nicht ausführen, so ist kein metus causa gestum im juristischen Sinne wahrnehmbar. Demnach muss die mit dem Rechtsgeschäft erkaufte Unterlassung die Unterlassung einer Widerrechtlichkeit sein, wenn ein juristisches metus causa gestum soll angenommen werden.

Hier nun aber ist wieder zu unterscheiden zwischen Unterlassung widerrechtlicher Handlungen, die an und für sich selbst solche sind, und solchen, die es nicht sind; und hinsichtlich letzterer wohl zu beachten, dass dieselben, auf eine bedrohende Weise in Aussicht gestellt, ein juristisches metus causa gestum nach Unterschied der Fälle effectuiren können. Z. B. eine an sich wider-

*) l. 21. §. 5. Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.

rechtliche Handlung ist es, Verläumdungen gegen irgend Jemand zu verbreiten, und also wird es ein metus causa gestum im juristischen Sinne des Worts sein, gegen Bezahlung sich verläumderischer Ausstreuungen enthalten zu haben. Hingegen nichts weniger als widerrechtlich, ja sehr löblich und verdienstlich kann es sein, gegen neu auftretende schlechte Schriftsteller vernichtende Kritiken abdrucken zu lassen. Wenn sich nun der Kritiker das Manuscript von einem solchen abkaufen lässt, weil der Angegriffene lieber Geld aufopfern, als sich den Folgen der Recension aussetzen will, so wird dies nach Unterschied der Fälle entweder nur ein metus causa gestum in allgemeiner, oder ein solches in engerer, in juristischer Bedeutung des Wortes sein. Letzteres nämlich nur dann, wenn der Kritikus die Recension nur in der Absicht schrieb, vor dem Abdrucke das Manuscript zum Kaufe anzubieten, und lieber damit von dem Bedrohten die Einlösungssumme, als für den Abdruck das schriftstellerische Honorar zu beziehen. Denn widerrechtlich ist es, aus Eigenmacht und nach Willkühr den Willen eines andern mir zu unterwerfen, auf solche Weise Gewinn zu machen nach Jedermanns Gefühl und Ueberzeugung eine Schlechtigkeit, nach römischer Ansicht contra bonos mores, und wie im Rechtszustande die Römer überall, wo äussere Mittel dazu ausreichenden Dienst leisten — in vorliegender Beziehung können sie ihn leisten — Rechtsmittel dagegen gewährten, so müssen auch wir, wollen wir nicht hinter dem Vorbild der Römer zurück bleiben, allem in der Praxis zu steuern suchen, was unser moralisches Gefühl, und bei näherer Betrachtung, Verstand und Einsicht als offenbare Schlechtigkeit anerkennt.

Gesetzt endlich, der Abschluss des Rechtsgeschäfts ist nicht als der Preis der Unterlassung von etwas, womit Titius sich bedroht sah, gefordert, dessenungeachtet aber dafür gegeben worden, so liegt, wenn das entgegengesetzte Thun ein widerrechtliches gewesen wäre, ein metus causa gestum im juristischen Sinne des Worts vor. Denn wie eigennützig den Irrthum eines andern benutzt und darum arglistigerweise derjenige verfährt, wel-

cher contrahirt, obschon ihm der Irrthum bekannt ist, welcher den Mitcontrahenten zum Abschlusse bestimmt, so benutzt auch die causam metus widerrechtlich derjenige, welcher nimmt, was er ihm wohlbekannter Weise nicht erhielte, wenn nicht der andere ausserdem Widerrechtliches erleiden zu müssen befürchtete *).

Hiermit glaub ich die Casuistik des quod metus causa unter übersichtlich geordnete Kategorien gebracht und für jede dieser Kategorien die dem Rechtsgefühl entsprechende Entscheidung aus der höchsten und allgemeinsten, den Rechtszustand beherrschenden Anforderung überzeugend abgeleitet zu haben, und füge folgende Bemerkungen hinzu:

Gar kein Gewicht habe ich gelegt auf die Grösse des Uebels, das vermieden werden sollte und solchergestalt das Motiv zur Eingehung des Geschäfts geworden ist. Denn ob ich befürchten muss, den Kopf zu verlieren, wenn ich nicht 100 Thaler aufopfre, oder 200 Thlr. zu verlieren befürchte, wenn ich nicht 100 Thlr. missen will, das ist der Wirkung nach völlig gleichgültig. In einem wie in dem andern Falle unterlag ich, da Jedermann lieber 100 Thlr. her giebt, als dass er sich um 200 Thlr. bringen lässt, aus vollkommen ausreichendem Grunde einem fremden Willen und ohne besondere Befugniss dazu, darf und soll kein fremder Wille einen willenbestimmenden Moment mir aufdringen. Hiernächst, scheint es, hätte Niemandem die überaus nahe liegende Wahrnehmung entgehen sollen, dass da, wo die Wahl gegeben ist, entweder das Leben oder irgend ein anderes höchstes Gut, oder statt dessen 100 Thlr., zu verlieren, nur ein Blödsinniger von mehr bedroht ist, als am Ende in der Regel Jedermann zu verwinden im Stande sein kann. Ist es ferner an sich eine Widerrechtlichkeit, Jemanden zu zwingen, indem wir unbefugter Weise seinem Willen einen dem-

*) Ein Beispiel in der oben citirten l. 7. §. 1., auch in l. 8. pr. Isti quidem et in legem Juliam incidunt, quod pro comperto stupro acceperunt. Praetor tamen etiam, ut restituant, intervenire debet; nam et gestum est malo more, et Praetor non respicit, an adulter sit, qui dedit, sed hoc solum, quod hic accepit metu mortis illato.

selben fremden Bestimmungsgrund aufdringen, so scheint es gleichgültig, ob wir mittels angedrohten Thuns oder Unterlassens ihm diesen Bestimmungsgrund aufdringen, und darum halte ich es, um gleich mit kürzesten Worten zu dem Fall zurückzukehren, der gegenwärtige Abhandlung veranlasst hat, für ein die Ungültigkeit des Geschäftes involvirendes metus causa gestum, wenn der Schuldner die Zahlung einzig und allein darum zurückhält, damit der ihrer benöthigte Gläubiger einen Vertrag abschliesse, den letzterer zwar für einen Verlust, jedoch immer nur für einen mindern Nachtheil ansehen muss, als die bei längerer Entbehrung des Geldes ihn bedrohenden Uebel. Denn der dazu vorhandenen Mittel ungeachtet, fällige Schulden nicht zu bezahlen, das ist nicht nur contra bonos mores, sondern mehr als unmoralisch, geradezu widerrechtlich. Wäre es nicht widerrechtlich, so würde auch kein Recht zu klagen dadurch bedingt sein. Demnach ist die mittels solcher Widerrechtlichkeit vollbrachte Einwirkung auf eines Andern Willen selbst eine Widerrechtlichkeit, und eine solche darf in dem Rechtszustande nicht geduldet werden.

Man wird, und dies zweifelsohne in der Meinung, damit einen hinreichend widerlegenden Einwand auszusprechen, mir die Frage entgegenstellen, ob für meine Deduction die Quellen, ob insonderheit für meine daran sich schliessende Beurtheilung des mehrgedachten concreten Falles Pandectenstellen sich anziehen lassen? Zur Antwort darauf bekenne ich, allerdings keine Stelle in den Justinianeischen Rechtsbüchern gefunden zu haben, die ein metus causa gestum annähme, wo kein angedrohtes Thun, sondern ein angedrohtes Unterlassen vorlag. Allein wenn meine Deduction des Begriffes quod metus causa gestum conform dem Sinne des röm. Rechtes ist, und den Beweis dazu wird §. 9. geben, alsdann — das meine ich wird man als eventuelle Consequenz zugeben müssen — ist auch die von mir aufgestellte Entscheidung des in Frage gezogenen Falles eben diesem Sinne conform.

§. 8.

Welcher Art ist die Ausbildung, welche wir dem Begriffe des metus causa gestum durch die in dem betreffenden Titel zusammengestellten Fragmente gegeben finden, und stimmen dieselben in ihrer Gesammtheit zu den in §. 7 aufgestellten Ansichten?

Zunächst das Nöthige über die Methode des Verfahrens.

In Folge sowohl der Art und Weise, wie die Pandecten organisirt sind, als auch der Elemente, auf welchen die juristische Bildung der classischen Juristen beruhte, habe ich keine Vorstellung davon, wie man es unternehmen kann, einen Rechtsbegriff in seiner allgemeinsten Potenz und nächstdem in seinen mehr oder weniger auseinandergehenden Verzweigungen befriedigend für Theorie und Praxis, oder auch nur für eine von beiden, dadurch zu entwickeln, dass man von einer oder etlichen Stellen der Pandecten ausgeht. Mir scheint vielmehr denjenigen festen oder wenigstens vorläufig als einen festen angenommenen Punct, ohne den keine Untersuchung möglich ist, können wir nur ausserhalb der Pandecten, müssen wir in uns selbst finden. Warum meiner Ueberzeugung nach nur erst dann die Pandecten bildend auf uns einwirken können, dann aber auch ihre Einwirkung kaum durch ein anderes Mittel juristischer Bildung ersetzbar sei, davon habe ich umständlich im vierten Bande gesprochen. Machen wir nun den Versuch zu ermitteln, ob zwischen demjenigen, was in §. 7. sich über die Voraussetzungen gesagt findet, unter denen ein metus causa gestum ungültig sei, in Uebereinstimmung zu den Quellen stehe, ob, insoweit diese Uebereinstimmung fehlen sollte, wir den Grund der Differenz zu entdecken vermögen, ob endlich die erkannte Differenz uns den Beweis liefere, dass die röm. Praxis in ihren Leistungen den Werth unserer theoretischen Abstractionen überflügelt habe, und also diese nach jener zu modificiren sei, oder ob jene Erkenntniss uns überzeugt, dass in der

vorliegenden Beziehung die römische Praxis sich nicht auf sicher leitende, consequente Anwendung verstattende Grundsätze zurückführen lasse, und wir also, damit das röm. Recht keine usurpirte Herrschaft über uns ausübe, dasselbe einer Berichtigung zu unterwerfen haben.

Da nicht vorauszusetzen ist, dass Edict und Praxis in irgend einer einzelnen Beziehung das Verhältniss verleugnet haben, welches sie nöthigte, dem mehr und mehr erweiterten Umfange erkannter Rechtsbedürfnisse zu genügen, so müssen als im Voraus gewiss wir jedenfalls so viel annehmen: ursprünglich und im Sinne des edicirenden Prätors war auch das Edict quod metus causa eine viel enger gezogene Rechtsnorm, als die, wozu dasselbe im Laufe der Zeit unter dem Einflusse der interpretatio fori und der Praxis geworden ist. Hierüber zu so viel Klarheit zu gelangen, als die invidia temporum uns vergönnt, wird es zweckmässig sein, vor allen Dingen die grammatische Bedeutung des Edicts festzustellen und dann zu untersuchen, wie zu dieser die Subsumtionen sich verhalten, welche die Fragmente unter des Edictes Worte stellen. In letzterer Hinsicht würde es ein offenbar unregelmässiges Verfahren sein, die Fragmente aus Paulus, Ulpian, Cajus u. s. w. ohne ein regulirendes Princip durcheinander geworfen zu betrachten. Das am wenigsten einer petitio principii ausgesetzte Verfahren scheint gesichert, wenn wir zunächst und hauptsächlich diejenigen Fragmente betrachten, die uns wahrscheinlich noch in genuiner Aufeinanderfolge erhalten sind. Und dazu taugen vor allen Dingen die des Ulpian. Denn diese sind nicht nur die einzigen, die über den Sinn des Edictes etwas Ausführliches sagen, sondern auch der Masse nach die bedeutendsten, also dass sich zu ihnen die übrigen nur wie Einstreuungen verhalten. Da mit alleiniger Ausnahme der l. 23. — diese ist dem Lb. V. opinionum des Ulpian entnommen — jene sämmtlich aus dessen Lb. XI. ad edictum excerpirt sind, so werden die Compilatoren, die sich überall die Sache so leicht als möglich gemacht haben, das glücklicherweise wohl auch hier gethan, zwar vielleicht dies und jenes weggelassen, zweifelsohne aber

die Aufeinanderfolge nicht mehr oder weniger umgekehrt haben.

§. 9.

Die ursprüngliche und die spätere Fassung der Worte des Edicts. Ulpians Erklärung derselben. Die dem Edicte von der Praxis beigelegte Bedeutung. Schlussresultat.

Die ursprüngliche, minder wortkarge Fassung des Edictes verband mit dem vi metusve causa gestum correlate, einander mit der Unzertrennbarkeit von Ursache und Wirkung involvirende Vorstellungen. Aber eben um deswillen, weil jede Furcht aus Umständen hervorgeht, die zu bemeistern, wir uns ausser Stande sehen und die um deswillen nothwendig auch mit nicht zu bemeisternder Gewalt auf unser Begehrungsvermögen einwirken, wäre es ein müssiger Pleonasmus gewesen, das Wort vi in die Fassung des Edictes aufzunehmen, hätte es nicht statt in jener allgemeinen in der engeren und näheren Bedeutung gebraucht sein sollen, in welcher dasselbe eine gegen uns sich richtende physische Gewalt bezeichnet; welche Bedeutung des Wortes vis überhaupt die in der juristischen Sprache vorherrschende ist. Auch stimmt sie vollkommen zu dem, was uns Cicero über die Veranlassung des Edictes sagt. Lag die Veranlassung zu dem Edicte in der Absicht, gegen die Sullanos homines sicher zu stellen — m. s. S. 5. —, so hat es extremen Missbräuchen der moralischen von der physischen unterstützten Gewalt entgegentreten wollen, wie sie in den ersten Zeiten nach blutigen innern Zerwürfnissen des Staates von der Sieger gebliebenen Partei ausgeübt werden und namentlich die Sullanische sie ausübte. Nach dieser Voraussetzung war das Edict gegen Gewaltmissbräuche gerichtet, welche die Existenz, wenigstens die bürgerliche Existenz zu vernichten drohten und darum vis atrox, ja vis atrocissima können genannt werden, die uns übrigens bedroht ohne Unterschied ob derjenige, welcher etwas erpressen will, in der Lage ist die Gewalt selbst auszuüben oder zu bewirken, dass ein anderer sie ausübe, in dessen Hand

sie gegeben ist. Welches Schicksal aber musste der Natur der Sache nach ein solches Edict im Laufe der Zeiten erleben? Hätte es die Praxis nur in dem genuinen Sinne festgehalten, so würde sehr bald dasselbe fast gänzlich obsolet geworden sein. Denn in bürgerlich geordneten Zuständen ist es kaum denkbar und weniger noch ausführbar, dass der Unterthan gegen den Unterthan mittelst einer solchen vis actrocissima die Vollziehung eines Rechtsgeschäftes erzwinge. Wenigstens ist mir noch nie ein Beispiel der Art in der Praxis vorgekommen*). In der Praxis musste sehr bald das Bedürfniss sich hervorthun, dem Edicte eine von dem genuinen Sinne desselben abweichende Anwendung zu geben; denn es musste der Praxis die Ueberzeugung sich aufdringen, Anspruch auf Rechtshülfe habe Jedermann, den man in Furcht auf die Weise gesetzt hat, dass man ihm die Alternative zwischen irgend einem Uebel und einer juristischen Handlung lies, die seinen Absichten ganz entgegenlief, um nichts weniger aber von der Art war, dass der Natur des menschlichen Begehrungsvermögens nach, ein jeder in gleiche Lage Versetzte sich zu jener Handlung entschlossen hätte. Nunmehr aber und nachdem die Praxis sich gewöhnt hatte, nicht blos vim, sondern jede necessitatem voluntati impositam unter das Edict zu subsumiren, hatte auch die in den Worten desselben erwähnte vis alle selbstständige Bedeutung verloren und dies Wort ganz zu unterdrücken, das ward mehr und mehr angemessen dem Sinne, in welchem nunmehr das Edict pflegte angewendet zu werden. Der Gegensatz, in welchen die Praxis sich zu dem ursprünglichen, noch wohl im Gedächtnisse der Juristen erhaltenen Sinne des Edicts gesetzt hatte, ist sehr wohl wahrnehmbar einerseits in dem, was man Ulpians theoretische Betrachtung desselben nennen kann und die etwas durchaus schwankendes und unbefriedigendes hat, andrerseits in der Anwen-

*) Nur gehört habe ich davon, dass vor Jahren jüdische Bewohner eines Ortes einen jungen, ziemlich schwachsinnigen und energielosen Menschen in einen Keller gesperrt und gepeitscht haben sollen, um von ihm Wechselunterschriften zu erzwingen.

dung, die vor ihm schon von andern Juristen dem Edicte gegeben war und er selbst ihm giebt, indem diese Anwendung des Edictes ein metus causa gestum offenbar überall annimmt, wo fremde Willkühr Jemanden durch Furcht bestimmt hat, ein Rechtsgeschäft einzugehen. Bleiben wir zunächst bei Ulpians Bemerkung in l. 1. cit. stehen, „vis fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati," so ist damit die Vorstellung verbunden, vis ist etwas, das da bewirkt, dass unser Wille wählt, was er, sich selbst überlassen, nicht wählen, der sich selbst überlassene Wille meiden würde. Somit nimmt hier Ulpian das Wort in weitester und allgemeinster dem Worte necessitas entsprechender Bedeutung; denn auf hundertfache Weise können wir in Andern Furcht erregen, ohne dass eine Atrocität, ein ihre physische oder bürgerliche Existenz bedrohendes Uebel in Aussicht gestellt wird. Dann setzt Ulpian hinzu:*) später habe man blos gesagt: quod metus causa gestum und zwar um deswillen, weil wenn etwas *vi actroci* geschähe, es auch *metu* zu geschehen scheine. In dieser Bemerkung ist die Art und Weise des Ausdruckes sehr ungenau. Denn da man nicht die Worte metusve, sondern das Wort vi hinweglies, so musste Ulpian sagen, dass bei metus die vis sich von selbst verstehe, nicht umgekehrt das Wort metus als ein in Verbindung mit vis entbehrliches bezeichnen. Um nichts weniger bleibt so viel gewiss, Ulpian dachte sich vim und metum als correlate Begriffe, jedoch nicht vim quamcunque, sondern nur vim *atrocem*. Hat er sich aber unter vis atrox eine grausame, eine entsetzliche Gewalt gedacht, so stimmt das erstlich nicht zu der vorhergehenden Bemerkung, die im Allgemeinen unter der vis des Edictes necessitatem voluntati impositam eique contrariam versteht. Denn dazu braucht es schlechterdings keine grausam entsetzliche Gewalt. Wer mich in die Lage setzt, 200 Thlr. verlieren zu müssen, wenn ich nicht 100 Thlr. aufopfere, der macht, dass ich trotz des Widerwil-

*) Sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur.

lens 100 Thlr. zu missen, dennoch sie hinzugeben so nothwendiger Weise wünschen muss, als nach Lage aller menschlichen Dinge es nothwendig ist, dass ich noch unlieber 200 Thlr. entbehre. Zweitens ist die Bemerkung auch ganz unwahr, da man ohne grausame entsetzliche Gewalt eines Andern dennoch in grosse Furcht gerathen kann *). Also lässt sich annehmen, *atrox* sei hier in der Bedeutung von unbeugbar, unabwendbar zu verstehen **), und Ulpian habe nicht mehr und nicht weniger sagen wollen, als: durch Furcht sind wir zu einem Entschlusse bestimmt, sobald uns widrigenfalls ein unabwendbares Uebel träfe.

Nachdem die Compilatoren hier in l. 2. ***) Worte des Paulus aus dessen Lb. 1. Sentent., die weiter nichts aussprechen, als die vis, die causa efficiens des metus, wäre für uns keine Gewalt, wenn wir sie zu bewältigen vermöchten, eingeschoben, haben sie — dies allem Anschein nach ohne Unterbrechung des Contextes, denn die ersten Worte der l. 3. schliessen vollkommen wohl an die letzten der l. 1. — weiter als l. 3. pr. und §. 1. folgendes aus Ulpian's Lb. XI. ad Edictum abgeschrieben: continet igitur haec clausula et vim, et metum; et, si quis vi compulsus aliquid fecit, per hoc Edictum restituitur. §. 1. Sed vim accipimus atrocem et eam, quae ad versus bonos mores fiat, non eam, quam Magistratus recte intulit, scilicet jure licito et jure honoris, quem sustinet. Ceterum, si per injuriam quid fecit populi Romani Magistratus, vel provinciae Praeses, Pomponius scribit, hoc Edictum locum habere, si forte, inquit, mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorserit. Hier wird erstlich hervorgehoben, was demjenigen, der es nicht ohnehin aus der Natur der Sache gelernt hat, das Edict sagt: nicht im Allgemeinen metus, sondern nur metus durch

*) Eine solche wird es jedoch wahrhaftig erregen, wenn wir besorgen müssen, durch Jemandes Nachlässigkeit um ein wichtiges Document zu kommen.

**) Cuncta terrarum subacta,
Praeter *atrocem* animum Catonis. Horat. Carm. II. 1, 24.

***) Vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest.

vis, d. h. von Jemandem ausgeübten Zwang, motivirt, komme in Betracht. Alsdann charakterisirt Ulpian die hierzu erforderliche vis als eine solche, die *atrox* und *contra bonos mores* sein müsse, und als erläuterndes Beispiel führt er den Fall an, wo obrigkeitliche Gewalt etwas durch Androhung von Hinrichtung oder Schlägen erpresst. Geht nun schon aus dieser Stelle hervor, dass der metus *atrox* sein müsse, wenn demselben Wirkung gegen die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes soll beigelegt werden, so folgt daraus doch immer noch nicht, dass er, um atrox zu sein, angedrohten Lebensverlust, mindestens die Gefahr, abgeprügelt zu werden, voraussetze; denn das gewählte Beispiel kann sehr wohl blos um deswillen gewählt sein, um das Beiwort atrox im Sinne von unbeugbar, unabwendbar zu erläutern. Indess zugegeben, es haben die röm. Juristen, wenn sie die Worte des Edictes commentirten, in dessen wohl genuinem Geiste, unter vis an eine Gewalt gedacht, welche mit einem Uebel von so höchster Grösse droht, dass, damit verglichen, kaum ein anderes grösser scheint *), gewiss ist jedenfalls so viel: Ulpian's Praxis hat nicht nur das Princip ausgesprochen, ungültig propter metum ist jedes Geschäft, wozu man einzig und allein nur darum sich verstand, weil man es, im Vergleich zu einem angedroh-

*) So z. B. Paulus in Lb. XI. ad edict. (l. 4.) Ego puto etiam servitutis timorem similiumque admittendum, und in Lb. 1. sent. recept. tit. VII. §. 5. — 8. Si aliquis, ut se de vi latronum, vel hostium, vel populi liberaret, aliquid mancipavit, vel promisit, ad metum non pertinet: mercedem enim depulsi metus tribuit. §. 6. Servus per metum mancipatus quicquid adquisierit, vel stipulatus sit, ei adquirit, qui vim passus est. §. 7. Vis est major rei impetus, qui repelli non potest. §. 8. Qui quem in domo inclusit, ut sibi rem manciparet, aut promitteret, extorsisse mancipationem videtur.

Stellen wie l. 5 (metum accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem, sed majoris malitatis) beweisen hier gar nichts. Denn diese Worte haben nicht den Sinn: nur diejenige Furcht kommt in Betracht, welche Niemand, auch nicht der Unerschrockenste, zu überwinden vermöchte, sondern den: in Betracht kommt, was Jedermann, und also auch der Standhafteste (et constantissimus), fürchtet. Es fürchtet aber selbst ein löwenmüthig Gesinnter den Verlust von 1000 Thlrn.

ten grösseren, als das kleinere ansah, sondern er hat auch thatsächlich dies Princip befolgt.

Berechtigt finde ich mich zu ersterer Behauptung durch die Worte Ulpian's in l. 5., die, sobald man den Comparativ majoris grammatisch richtig auffasst, und soll man dadurch in den Stand gesetzt werden, danach ein Urtheil zu normiren, gar keinen andern Sinn haben können, als den: was wir lieber unterliessen, das thun wir aus Furcht, sobald das Unterlassen uns ein überwiegendes Uebel zuzöge. Letztere Behauptung rechtfertige ich durch l. 9. pr. Idem (Pomponius) ait: et si forte adhibita manu in meo solo per vim aedifices, et interdictum Quod vi aut clam, et hoc Edictum locum habere, scilicet quoniam metu patior id te facere. Nach dieser Stelle kommt das Edict in Anwendung, wenn Jemand in ein fremdes Haus geht und, von einer Schaar (z. B. manus conjuratorum bei Cicero) Arbeiter begleitet, gegen deren Uebermacht der Eigenthümer sich wehrlos findet, einen ihm lästigen Vorbau abbrechen lässt. Worin besteht hier die Entsetzlichkeit des Uebels, womit gedroht zu haben der Turbirende kann überführt werden? Höchstens darin, dass, im Falle des Widerstandes, der Eigenthümer würde zum Hause hinaus geschafft worden sein. Das Nämliche beweist l. 23. pr., excerpirt aus Ulpian's Lb. V. opinionum. Hier wird die Möglichkeit des Beweises eines metus causa gesti angenommen, obschon das Fragment von der Voraussetzung ausgeht, dass der dabei Verletzte den Schutz der öffentlichen Gewalt hätte anrufen können. In allen Fällen aber ist, wer das kann, gegen Mord, Einkerkerung und dem einen oder der andern an Atrocität vergleichbaren Uebeln gesichert.

Endlich noch über l. 7. pr.*) so viel als nöthig ist, um darzulegen, dass auch diese Stelle nicht den Satz beweist: ein metus causa gestum ist vorhanden, aber auch nur dann vorhanden, wenn eine Furcht gewirkt hat, die

*) Nec timorem infamiae hoc Edicto contineri Pedius dicit libro septimo, neque alicujus vexationis timorem per hoc Edictum restitui. Proinde, si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit, per hoc Edictum non restituitur, quoniam neque vi, neque metus causa factum est.

zu überwinden nicht die allerhöchste Standhaftigkeit vermöchte. Den nach dieser Stelle bei Anwendung des Edicts ausfallenden metus infamiae lassen wir ganz bei Seite liegen. Bekanntlich verband mit diesem Worte die juristische Sprache der Römer einen Begriff, der schlechterdings nicht nach dem kann bemessen werden, was unsere Sprache unter Infamie versteht. Während diese uns das grösste aller Schrecknisse, ja das einzige ist, von dem wir glauben, kein Muth vermöge, oder doch kein Muth sollte vermögen, dasselbe zu überwinden, hat sich von der röm. Infamie sagen lassen, in Rom habe man in keine gute Gesellschaft gehen können, ohne sich zu gewärtigen, mit einigen infamen Personen zusammen zu kommen. Vorliegende Stelle des Ulpian spricht für diese Ansicht. Pedius stellte die Infamie unter den Gattungsbegriff vexatio und dem Ulpian ist die Behauptung, kein metus causa gestum liege vor, wenn Jemand sich vor einem Nichts gefürchtet habe, ein consectarium (proinde) zu der Bemerkung: timorem infamiae alicujusve vexationis non pertinere ad edictum.

Was Ulpian's eigne Bemerkung anlangt, so frage ich, ist es wohl möglich, dass derselbe kann gemeint haben, ein Geschäft sei gültig, zu das uns ein Anderer durch eine in dieser Absicht angeregte Furcht bestimmte, die keine objective Realität hatte? Wenn ich etwas thue, weil ich mich vor etwas fürchte, so thue ich es offenbar metus *causa.* Auch beweist l. 23. pr. cit., dass bei dem metus causa gestum die Subjectivität dessen in Betracht kam, der dadurch bestimmt wurde, dass man hauptsächlich danach fragte, ob dieser für seine Person die Ueberzeugung von einem mit Unwiderstehlichkeit vorhandenen Uebel haben konnte. Sehr begreiflich und zusagend ist mir des Ulpian Ausspruch, wenn ich denselben von Fällen verstehe, wo Jemandem die eines hinreichenden Grundes ermangelnde Furcht von keinem Andern ist eingeflösst worden, sondern dieselbe als einseitiger Bestimmungsgrund gewirkt hat. Denn metus *causa* gestum lässt sich nur dasjenige nennen, was in und mit dem Geschäfte sich als das Motiv desselben ausspricht, indem durchgehend

causa negotii nie von einem einseitigen Bestimmungsgrunde, sondern nur von dem gebraucht wird, wodurch das Geschäft gegenseitig für die Contrahenten bedingt wurde. Nur so verstanden — keine Sylbe in der Stelle veranlasst dieselbe anders zu verstehen — bildet sie eine schlagende Adversative zu dem darauf folgenden §. 1. cit., wo ein metus causa gestum angenommen wird, weil gegenseitig in dem Geben und Empfangen sich der metus als Bestimmungsgrund zu ersterem ausgesprochen hatte.

Hiernächst wird Niemand leugnen können, dass ein Geschäft, wozu Jemand nicht wäre zu bewegen gewesen, wenn ihn der Mitcontrahent nicht vorher in Furcht versetzt hätte, jedenfalls auch dann ist dolo zu Stande gekommen, wenn die Furcht auf angeregten leeren Einbildungen beruhte. Ist aber das wahr, so sieht man nicht, welche praktische Wichtigkeit es für uns haben kann, ob in irgend einem gegebenen Falle wir kein metus causa, sondern ein dolo gestum annehmen. In dieser Beziehung ist überaus bedeutend, was wir in l. 14. §. 13. — ebenfalls aus des Ulpian Lib. XI. ad edictum entnommen — lesen. Eum, qui metum fecit, *et de dolo teneri certum est;* et ita Pomponius; et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita. Nach diesen Worten waren actio quod metus causa und actio doli einander materiel so gleich gestellt, dass, wenn Jemand eine von diesen Klagen vergeblich erhoben hatte, und nun sein Heil mit der andern versuchte, der Beklagte excipiren konnte, dass die zweite Klage schon durch die zuerst angestellte consumirt sei.

Der nothgedrungen langen Rede kurzer Sinn und ihr praktisches Resultat besteht in dem meiner Ueberzeugung nach vollbrachten Beweise, dass die in §. 7. S. 21. bis 27. entwickelten Ansichten diejenigen sind, auf welchen die theoretische Einheit und Begründung des römisch juristischen Begriffes quod metus causa gestum beruht.

I b.

Literarischer Nachtrag.

§. 1.

Vorbemerkungen.

Unter einem literarischen Nachtrag verstehe ich keinen solchen, den man, weil er, ausser Titeln von Büchern und Namen von Autoren, die sich mit einem gewissen Gegenstande beschäftigt haben, nichts weiter als Summarien von Andern aufgestellter Behauptungen giebt, richtiger einen bibliologischen nennen würde. Vielmehr scheint mir ein juristischer Aufsatz, der ein juristischer im strengen Sinne des Worts sein, also praktischen Werth und praktische Bedeutung haben will, entweder sich allen und jeden, der Praxis ganz unerspriesslichen Titel-, Namen- und Summarienspecificirens enthalten oder auf die Ansichten Andrer in der Maasse eingehen zu müssen, dass dem Leser, weil er gleichsam zum Zeugen von Reden, Gegenreden und den Motiven beider gemacht wurde, dadurch der juristische Sinn angeregt und so zu grösserer Selbstständigkeit des eignen Urtheils herangebildet wird. Musste während längster Zeit eine solche Behandlung der Literatur eine missliche Arbeit sein, dies um der Voluminosität der Literatur willen und der Unmöglichkeit sich und Andern überzeugende Rechenschaft davon geben zu können, was denn nun mehr oder weniger besonderer Erwähnung werth oder derselben ganz unwerth sei, so muss das juristische Publicum sich dem Herrn v. S. zu höchster Dankbarkeit verpflichtet fühlen, dessen System des heutigen römischen Rechtes, obschon noch unvollendet, dennoch über eine Menge Rechtsmaterien uns die Ansichten einer Notabilität mittheilt, deren Bescheidenheit, ja „Demuth" eine maasslose sein würde, wenn sie nicht, anstatt das Anerkenntniss ihrer „eigentlichen Gelehrsamkeit" zurückzuweisen, vielmehr an jeden Schriftsteller, der eine bereits von ihm behandelte Materie anderweit behandelt, die Anforderung stellte, zu docu-

mentiren, dass er jenes oben citirte System sorgfältig studirt habe. Noch mehr: zufolge eben dieser „Demuth" ist alles, was v. S. niedergeschrieben hat, nicht minder das Resultat eigner als aller in der Literatur niedergelegten früheren Forschungen. Wie erwünscht ist also nunmehr die Lage eines juristischen Schriftstellers in Hinsicht auf Benutzung der Literatur! denn nun wird durch Berücksichtigung der Aussprüche v. S.s. mittelbar auch die ganze frühere Literatur berücksichtigt sein. Undank also gegen den, welcher in gedachter Beziehung der nach ihm kommenden juristischen Schriftsteller Verhältniss so unendlich erleichtert hat, würde es scheinen, nähme ich nicht hier, wie überall, wo ich bei einer bereits in v. S.s. Werke erörterten Materie mich bestimmt finden kann, auf Ansichten von Rechtslehrern detaillirt einzugehen, bereitwillig an: sein Werk enthalte die besten literarischen Ergebnisse in concentrirter Gestalt. Gleichsam als Einleitung nicht nur zu gegenwärtigem nachträglichen Aufsatze, sondern auch zu andern Aufsätzen, in denen ich das nämliche Verfahren beobachten werde, diene das eben Gesagte der ausschlüsslich auf v. S. genommenen Rücksicht zur Rechtfertigung.

§. 2.

Zu v. S.s. Behauptung: das erzwungene Geschäft sei um nichts weniger ein mit Freiheit des Willens eingegangenes.

Führte ich nicht den documentirten Beweis, dass v. S. mit ausdrücklichen Worten sagt, was die Ueberschrift angiebt, so würde es Jedermann unglaublich finden, unglaublich um so mehr, als v. S. da, wo er von Willenserklärungen und von Zwang und Irrthum handelt, in Beziehung auf ersteren — m. s. Bd. III. S. 99. — 109. — mit der Betrachtung anhebt: „Zwang ist der Gegensatz der Freiheit; wenn also Zwang als Beweggrund auf den Willen eingewirkt hat, so ist kein freier, also kein wirklicher Wille vorhanden, sondern nur der Schein des Willens." Dessenungeachtet aber giebt er nicht zu,

dass durch Zwang das Dasein des Willens ausgeschlossen werde, sondern nur (S. 99.) so viel, „wie der Irrthum, so scheine auch der Zwang dasselbe auszuschliessen." Unmittelbar darauf — S. 100. — kündigt er an: „die genauere Ergründung des Falles" nämlich: wo Zwang als Beweggrund auf den Willen eingewirkt hat, „werde die in der Behauptung, es schliesse Zwang den Willen aus, enthaltene Täuschung darlegen." Und S. 101. spricht er sich also aus: „Eigentlich wäre es besser in dieser Untersuchung nur von Furcht zu sprechen, nicht von Zwang *), wie es auch in der That bei den Römern geschieht **); dennoch ist hier der Ausdruck Zwang gebraucht worden, theils weil er bei neueren Schriftstellern der übliche ist, theils weil aus ihm allein der Schein begreiflich wird, als ob gar kein Wille vorhanden wäre; dieser Schein aber ist es, auf dessen Vernichtung es in dieser Untersuchung allein ankommt."

Also, es bleibt dabei: nach v. S. hat Unrecht und ist vom Scheine getäuscht, wer da behauptet, ein Geschäft sei kein freiwilliges, weil es erzwungen worden; und das hat v. S. beweisen wollen.

Unsere grösste Aufmerksamkeit nimmt ein angekündigter Beweis in Anspruch, wenn wir, ausser Stande

*) Höchst ungrammatisch und unjuristisch würde dies sein. Erkauft Jemand, der sofort zu sterben befürchtet, wenn er sich den Gebrauch eines kostbaren Lebenselixirs versagte, dasselbe für 20 Ducaten, so hat er aus Furcht gekauft, der Handel ist aber gültig. Hat derselbe die 20 Ducaten hingegeben, weil sie ihm Jemand mit vorgehaltener Pistole abforderte, so hat er sie zwar auch aus Furcht hingegeben, zugleich aber auch aus Zwang, und darum fordert er das Gegebene zurück. Denn die Furcht, die ihn bestimmte, war ein metus illatus ab aliquo, und nur ein solcher — was denn auch v. S. S. 107. anerkennt — in der Juristen-Sprache Zwang (vis) benannter metus begründet das Zurückforderungsrecht, nicht die Furcht an sich.

**) Nicht wohl begreiflich ist es, wie man dies den Quellen gegenüber sagen kann, wo das coactus fuisse so häufig vorkommt. Dass das Wort vi im Edicte weg blieb, geschah nur um deswillen, weil man es als etwas sich von selbst Verstehendes ansah, dass das ob metum illatum Geschehene eben um deswillen auch vi geschehen sei.

dessen Möglichkeit zu ahnen, doch auch nicht wagen, im Voraus die Unmöglichkeit für entschieden anzusehen. Kündigt aber Jemand an, er werde beweisen, dass Schwarz zugleich Weiss sein könne, kündigt er diesen Beweis an, obschon er anerkennt, dass Schwarz und Weiss Gegensätze sind, und dass Gegensätze einander ausschliessen*), alsdann können nur besondere Umstände uns bestimmen, bei der angekündigten Leistung zu verweilen. Für mich liegen der Art Umstände einerseits in den Ansichten, die ich öffentlich über das Verhältniss ausgesprochen habe, in dem juristische Praxis und Literatur des Privatrechtes zu einander stehen, andrerseits in dem grossen Namen des nach weit verbreiteter Meinung auf dem Culminationspunkte der Literatur seines Faches stehenden Beweisführers. Dasjenige auszusprechen, was aus des Beweises näherer Beleuchtung in Beziehung auf jene Ansichten und diesen Namen folgt, damit möge der freundliche Leser mich verschonen.

Nothwendig findet es v. S. „vorläufig“ — S. 100. — „auf das wahre Element hinzuweisen, welches bei der von ihm bekämpften Täuschung in dem Hintergrunde stehe,“ und sagt zu dem Ende: „es findet sich hier die wichtige Einwirkung sittlicher, dem Rechtszustande wesentlich verwandter Momente**). Der Zwang an sich***) hebt das Dasein und die Wirksamkeit des Willens nicht auf, aber die in demselben enthaltene Unsittlichkeit, in das Rechtsgebiet störend eingreifende, Unsittlichkeit macht eine positive Gegenwirkung nöthig.“

*) Nochmals verweise ich auf die schon oben abgedruckten Worte: „Zwang ist der Gegensatz der Freiheit. Also wenn Zwang als Beweggrund auf den Willen eingewirkt hat, so ist kein freier, also kein wirklicher Wille vorhanden, sondern nur der Schein des Willens.“

**) Geringe Ehre erweisen diese Worte den sittlichen Momenten. Unfähig die Sittlichkeit selbst zu garantiren, soll der Rechtszustand sie dennoch in ihren äusseren Erscheinungen überall garantiren, so weit nur irgend Einwirkungen von aussen dies vermögen.

***) Also thät es vielleicht ein Zwang, der kein „Zwang an sich“ wäre? unter welchen Voraussetzungen streift er das „Ansichsein“ ab?

Auf welches „wahre, im Hintergrunde stehende Element" ist hier hingewiesen? Jede*) in das Rechtsgebiet störend eingreifende Handlung ist eine Unsittlichkeit. Welche Unsittlichkeit läge in dem Zwange, wenn es nicht eben die wäre, willkührlich eines Andern Willen bewältigt zu haben?

Die „genauere Ergründung," welche den unternommenen Beweis liefern soll, nimmt den in Folgendem mit diplomatischer Genauigkeit nachgezeichneten Weg**). Die vis absoluta, welche durch körperliche Uebermacht Jemanden zwingt, sich blos leidend zu verhalten, soll von der Betrachtung ausfallen, hier einzig und allein von der vis compulsiva, der Einwirkung auf den Willen eines Handelnden die Rede sein können***), und dabei werden citirt l. 9. pr. h. t. und l. 5. de vi.

*) A plurimis fit denominatio. Ein Beispiel, wie nichts weniger als unsittliche Handlungen rechtswidrige sein können, in l. 7. §. 7. de dolo malo (4. 3.) Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum, ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? Et ait Quintus apud eum notans, si non misericordia ductus fecisti, furti teneris; *si misericordia*, in factum actionem dari debere.

**) Um nicht den Context der referirten Beweisführung zu unterbrechen, vertheile ich für meinen Zweck nicht unerhebliche Bemerkungen zu den einzelnen Sätzen derselben theils in glossirende Noten, theils in glossirenden Text.

***) Das ist unwahr; dies darzuthun gehe ich von dem Beispiele aus, an dem v. S. demonstriren will, dass die vis absoluta von der Betrachtung des Edicts quod metus causa ausfalle. Er setzt den Fall, Jemand habe einem Andern die Hand zur Unterschrift einer Urkunde mit Gewalt geführt und fügt dann hinzu: „Hierin liegt so wie bei der von einem Andern nachgemachten Unterschrift gar keine Einwilligung, sondern höchstens der täuschende Schein einer solchen." Hier nun bemerke ich:

a) Man nehme, die Urkunde sei eine Schuldverschreibung, und es wird die Folge davon in jenem Falle die nämliche sein, wie in dem Falle, wo Jemandem die Unterschrift durch Drohungen ist abgepresst worden. Der Unterzeichner muss das Document gegen sich gelten lassen, wenn er auch unter solchen Umständen zu gewissenhaft ist, als dass er es diffitiren sollte, und muss beweisen, in jenem Falle: gewaltsam geführt habe seine Hand unterschrieben; in diesem: gewaltsam habe man, und zwar durch Drohungen, ihm die Unterschrift abgezwungen. Also in einem und in dem andern Falle, gleich viel Realität und gleich viel Schein der Unterschrift.

Nachdem v. S. diese irrthumsschwangere Unterscheidung zwischen vis absoluta und compulsiva gemacht und die bereits gewürdigte Behauptung aufgestellt hat, eigentlich sollte man nur von Furcht und nicht von Zwang sprechen, kehrt er nochmals zu der Behauptung zurück, dass wir bei genauerer Betrachtung gänzlich die Ansicht aufgeben müssten, die Freiheit sei bei Zwang schlechthin zu verneinen. Alsdann fährt er nachstehender Maassen fort: „Mit den speculativen Schwierigkeiten des Freiheitsbegriffes haben wir im Rechtsgebiet Nichts zu schaffen; uns berührt blos die Freiheit in der Erscheinung, das heisst die Fähigkeit, unter mehreren denkbaren Entschlüssen eine Wahl zu treffen. Dass aber diese Fähigkeit bei dem Gezwungenen, d. h. bei dem Bedrohten, wahrhaft vorhanden ist, kann nicht bezweifelt werden. Er hat die Wahl sogar zwischen drei möglichen Entschlüssen: die Handlung vorzunehmen, wozu ihn der Drohende bestimmen will; das gedrohte Uebel durch Widerstand abzuwehren; oder endlich dieses Uebel zu erdulden. Hat er nun den ersten dieser drei Wege erwählt, so ist die Freiheit der Wahl, also seines Wollens, wahrhaft vorhanden, und wir müssen das wirkliche, nicht

b) Gesetzt, es ist durch Drohungen Jemand bestimmt worden, sich passiv unter Umständen zu verhalten, wo sein Vermögensinteresse eine Thätigkeit verlangte, es nicht zu hindern, dass in sein Rechtsgebiet ein Andrer störend eingriff; worin läge der Grund gegen das abgepresste Unterlassen nicht eben so wie gegen das abgepresste Handeln als gegen ein metus causa gestum Schutz zu gewähren? Den unausführbaren Versuch, die Frage rationel zu beantworten, macht auch v. S. nicht. Statt dessen citirt er die allegirten Pandectenstellen, in deren einer (l. 9. pr.) Ulpian geradezu das Gegentheil in folgenden Worten sagt: si in meo solo per vim aedifices et interdictum Quod vi aut clam *et hoc Edictum* locum habere, scilicet quod *metu patior* id te facere. Die andre Stelle ist l. 5. de vi (43. 16). Si rerum tibi possessionem vi tradidero, dicit Pomponius, unde vi interdictum cessare, quoniam non est vi dejectus, qui compulsus est in possessionem inducere. Jedermann sieht, dass dieses Fragment weiter nichts enthält, als die Angabe eines Falles, wo das interdictum de vi unzulässig war. Somit ein irrationeller Rechtssatz gerechtfertigt aus einer Stelle, die ihn nicht adoptirt und aus einer andern, die ihm gradezu widerspricht.

blos scheinbare, Dasein einer Willenserklärung, z. B. eines Vertrags, mit allen daran geknüpften Rechtswirkungen, unbedenklich anerkennen."

Nur jetzt erst tritt mir in seinen Worten *) ein Gedanke entgegen, den ich festzuhalten vermag. Offenbar ist v. S.s. Meinung die: hatte Titius die Wahl, ob er sich wollte zum Sclaven machen lassen oder seinen Sclaven Davus verkaufen, und er verkaufte diesen, so hat er es aus freiem Willen gethan; denn, wollte er denselben nicht verkaufen, so brauchte er nur sich zu entschliessen, selbst ein Sclave zu werden. Allerdings, da es in Jedermanns Willkühr gegeben ist, seine Worte in beliebigem Sinne zu gebrauchen, so kann auch v. Sn. Niemand zwingen, als eine unfreie diejenige Handlung zu prädiciren, deren Unterlassung, obschon nur möglich auf Kosten des status libertatis, dennoch möglich war. Allein v. S.s. subjective Freiheit, also mit den Worten und Begriffen umzuspringen, involvirt für Niemanden die logische

*) die übrigens an grosser Verworrenheit laboriren; denn man bemerke den Gegensatz zwischen speculativen Schwierigkeiten des Freiheitsbegriffes, mit denen der Jurist nichts zu schaffen hat, und der Freiheit in der Erscheinung, womit die Jurisprudenz einzig und allein zu schaffen hat, und alsdann die Idendität der Freiheit in der Erscheinung mit der Fähigkeit, eine Wahl unter mehreren Entschlüssen zu treffen. Das Ausserordentlichste aber ist, dass v. S.s. auf einen concreten Fall bezogene Meinung folgende ist:

Von dem Pascha ist Assar mit der Bastonnade bedroht, wenn er nicht die Hälfte seines Vermögens dem Selim überlässt — l. 3. §. 1. cit. — Jetzt ist Assar's „Freiheit in der Erscheinung," seine „Fähigkeit unter mehreren Entschlüssen eine Wahl zu treffen," grösser als die meinige ist, wenn ich mit einem Antiquar um ein Buch handle. Ich habe nur zu wählen, ob ich den Preis geben und das Buch erhalten, oder mein Geld behalten und das Buch entbehren will. Jener aber hat die Wahl, ob er das halbe Vermögen hingeben oder sich die Fusssohlen will zerschlagen lassen, oder wenn er das nicht will, dieses Uebel durch Widerstand abwehren. Mir schwindelt der Verstand, und wem sollte er nicht schwindeln! Darin besteht ja eben der Zwang, dass Assar nur die Wahl hat, sein halbes Vermögen hinzugeben, oder, unfähig die Bastonnade abzuwehren, sie hinnehmen muss, aller Wahrscheinlichkeit nach, wenn er zu widerstehen versucht, die doppelte Tracht Schläge erhält.

Nothwendigkeit, mit v. S. um jener physischen Möglichkeit willen das „Dasein einer Willenserklärung, eines Kaufes mit allen daran geknüpften Rechtswirkungen anzuerkennen.“ Sollte diese logische Nothwendigkeit eintreten, so musste er, der andern vernünftigen Menschen und also auch allen vernünftigen Juristen, insoweit beistimmt, dass er ohne Freiheit des Willens überhaupt keine, und also auch keine zu Recht verbindende, Willenserklärung annimmt, beweisen, dass nach den Gesetzen der Logik die Rechtswissenschaft eine Handlung als frei blos um deswillen prädiciren müsse, weil das Unterlassen physisch möglich war. Das fällt aber der Logik v. S.s. nicht ein. Denn nach seinen Räsonnement müssen wir anerkennen, des Titius Verkauf des Sclaven bestehe mit allen einem Verkauf anhängenden Wirkungen; und warum dies? weil die (physische) Möglichkeit gegeben war, den Verkauf zu unterlassen.

Nachdem v. S.s. Rationalität den angekündigten Beweis auf solche Weise vollbracht hat, fährt er im Tone unerschütterlicher Selbstüberzeugung also fort: — S. 102. u. 103. — „Diese Ansicht ist denn auch die des röm. Rechtes *) in so klaren entscheidenden Stellen, dass selbst die scheinbar entgegenstehenden Zeugnisse keinen erheblichen Zweifel erregen können.“

Die angekündigten klaren und entscheidenden Stellen sind l. 21. §. 5. cit. und sodann l. 21. und 22. de ritu nuptiarum (23. 2.).

Billig hätte bei der ersten (si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per

*) Vorauszusetzender Maassen wird hier sich die Erfahrung erneuern, dass gerade von seinen Verehrern und Bewunderern das röm. Recht sich die allerwunderlichsten Sachen muss nachsagen lassen, die allerwunderlichsten. Denn ist das röm. Recht wirklich der bei v. S. aufgestellten Ansicht, dann muss dasselbe, will es consequent sein, sagen: unfreiwillig würde zwar Titius sein Grundstück verlassen haben, wäre er von ein Paar baumstarken Kerlen aus demselben hinausgeworfen worden; allein mit Hunden hat man ihn hinausgehetzt und also er es freiwillig verlassen, denn er konnte darin bleiben, wenn er sich von den Bestien wollte zerbeissen lassen.

Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur) v. S. sich fragen sollen, ob nicht das Beiwort coacta den Begriff der voluntas als freien Willen zerstöre, und eben um deswillen die restitutio in integrum gegeben werde *); oder hält er vielleicht eine *inutilis stipulatio* dennoch für eine existirende Stipulation, ein Missverständniss für ein Verständniss, weil letzteres übrig bleibt, wenn man die drei Anfangsbuchstaben in ersterem streicht?

Nun zu den beiden andern Stellen. L. 21. und l. 22. lauten also: Non cogitur filiusfamilias uxorem ducere. l. 22. Si *patre cogente ducit uxorem*, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, *quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur*. v. S., der über diese Stelle unten zu lesender Maassen räsonnirt**), legt den Accent auf *cogente*, nimmt maluisse *videtur* in dem Sinne von maluit, und glaubt nunmehr, das Fragment sage: weil der filiusfamilias gezwungen geheirathet hat, so hat er heirathen wollen. Dass der Accent auf *patre* zu legen sei, diese Ueberzeugung wäre ihm gekommen, wenn er sich von dem hätte informiren wollen, was mit maluisse *videtur* gesagt ist***), und dass dem-

*) Hat Jemand sich den Erbschaftsangelegenheiten immiscirt, so hat er die Erbschaft angetreten. Dass er, jener Einmischung ungeachtet, sie nicht angetreten habe, weil die immixtio seinen Willen nicht aussprach, indem er zur immixtio ist gezwungen worden, das muss gegen die Erbschaftsgläubiger durch richterlichen Ausspruch liquid werden. Denn nach eigner Wahl und Ermessen darf Niemand behaupten, nicht habe er etwas gewollt, sobald thatsächliche Verhältnisse vorliegen, die in der Regel die Annahme des Willens involviren.

**) S. 103. n. c. „Es ist kein Grund vorhanden, unter dem allgemeinen Ausdruck dieser letzten Stelle, wie Manche wollen, etwas Anderes als den eigentlichen Zwang, nämlich die ehrfurchtsvolle Nachgiebigkeit gegen den ernsten Willen des Vaters (metus reverentialis) zu verstehen.“

***) Scheller's Lexikon, 2. Ausg. 1788., konnte hier gute Dienste leisten. Hier lehrt Abtheilung 2. S. 2663., dass *videtur* unter andern auch so viel bedeutet, als für etwas passiren. Sage ich aber, Titius passirt für einen, der eingewilligt hat, so sage ich damit: er wird behandelt, als hätte er eingewilligt, ohne dass weiter danach gefragt wird, wie und ob er eingewilligt hat.

nach die Stelle also zu übersetzen ist: der Sohn, der zu heirathen von dem Vater ist gezwungen worden, wird angesehen, als hätte er lieber heirathen als nicht heirathen wollen. Sind bei v. S. diejenigen Stellen wunderbar behandelt, die, wie er meint, ihm klar und entschieden beistimmen, so sind es nicht minder diejenigen, hinsichtlich deren er äussert, sie könnten ihm zu widersprechen scheinen.

Zuerst l. 17. pr. qui et a quibus manumissi (40. 9.). Si privatus coactus a populo manumiserit, quamvis voluntatem accomodaverit, tamen non erit liber; nam et Divus Marcus prohibuit, ex acclamatione populi manumittere *). Wer nicht mit v. S. den erzwungenen Willen für einen freien hält, würde schon in dem „quamvis accomodaverit voluntatem" (d. h. obschon er dem Volkswillen nachgegeben hat) den Beweis finden, dass hier von Zwang nicht im eigentlichen, sondern nur in dem uneigentlichen Sinne die Rede sei, in dem man z. B. sagen kann: princeps supplicio liberavit reum, uxoris ejus precibus atque fletu coactus. Was es mit den acclamatione populi abgezwungenen Sclavenmanumissionen für eine Bewandniss hatte und wie hier an einen wirklichen Zwang nicht zu denken war, beweist die unten abgedruckte Stelle aus Sueton Tiber. cp. 47. **). Ferner l. 9. pr. eod. Ille serus liber non erit, qui coëgerit, ut eum dominus manumittat, et ille perterritus scripsit, liberum eum esse. Allen praktischen Sinn vermisse ich in v. S. s. Versuch diese Stelle ***) auf etwas an sich unwirksames zu redu-

*) S. 103. sagt v. S. in not. d. über dies Fragment: „es spricht von einem positiven, polizeilichen Verbot der durch Volksgewalt erzwungenen Freilassungen; das Bedürfniss eines solchen Verbotes beweist gerade, dass die Handlung ohne dasselbe gültig gewesen wäre."

**) Princeps (i. e. cum Tiberius princeps esset in republica)..... spectacula omnino non edidit, et iis, quae ab aliquo ederentur, rarissime interfuit, ne quid exposceretur, *utique postquam comoedum Actium coactus est manumittere.* Dafür, dass Niemand ein Haar dem Tiberius krümmte, auch wenn er den Actius nicht frei lies, dafür war gesorgt.

***) „In der hier erwähnten erzwungenen Handlung liegt gar keine Manumission, sondern blos die an sich unwirksame schriftliche Anerkennung der Freiheit."

ciren. Jede ein Rechtsverhältniss begründende Urkunde begründet dasselbe durch die darin zu lesenden Worte und nach den äusseren Kennzeichen ihrer Aechtheit. Zweifelt v. S. wohl, dass, wenn eine mit diesen Kennzeichen versehene Urkunde die Freiheit des Sclaven aussprach, er so lange für frei angesehen wurde, als nicht das metu causa gestum erwiesen vorlag, und dass solchergestalt die Urkunde keine an sich unwirksame, sondern vielmehr an sich wirksame Schrift war?

§. 3.

Zu einer hier einschlagenden Stelle des Aristoteles.

Zunächst recapitulire ich mit wenigen Worten den von mir in der vorstehenden Abhandlung entwickelten Begriff des metus causa gesti.

Wenn des Bürgers und Landmanns unbefangener Sinn erzwungen und unfreiwillig für gleichbedeutende Worte ansieht, so fällt es auch leicht, den Grund davon ihm fasslich zu machen. Nothwendig ist, von andern Bedeutungen des Wortes abgesehen, was auf einem Naturgesetze beruht; nicht nur aber physische Wirkungen treten ein nach Naturgesetzen, sondern auch psychische, namentlich Begehren und Verabscheuen, die Bestimmungsgründe des menschlichen Thuns und Unterlassens. Die Veränderungen, welche jene (die physischen) in dem Rechtszustande hervorbringen, sind unmittelbare, diese (die psychischen) mittelbare. Wer letztere absichtlich hervorruft, weil er den naturgemässen Erfolg derselben bezweckt, macht eines Andern Willen zu dem seinen Zwecken dienstbaren Organe, übt einen Zwang aus, und es ist dieser Zwang ein solcher in juristisch eigentlicher Bedeutung des Wortes, wenn er ein widerrechtlicher ist. So zwinge ich z. B., nicht aber widerrechtlicher Weise, den Titius, zu wohlfeil zu verkaufen, wenn ich seine Geldverlegenheit und den Umstand benutze, dass Niemand geneigt ist, ihm für sein Eigenthum den angemessenen höheren Preis zu bieten. Das Gesetz kann die Kenn-

zeichen des widerrechtlichen Zwanges bestimmen, jedoch sind gesetzliche Bestimmungen entbehrlich, denn die wissenschaftliche Jurisprudenz vermag sie zu ermitteln und, gehörig benutzt, ist auch in dieser Beziehung die Casuistik des röm. Rechtes der Stoff, aus welchem die juristische Speculation sich zu dem befriedigenden Resultate durchzuarbeiten vermag.

Hiermit könnte ich die Ausführung meiner Ansichten im Gegensatze zu den Behauptungen v. S.s. für abgeschlossen ansehen. Allein der Mühe werth finde ich es hiernächst noch in Betrachtung zu ziehen, in welches Verhältniss zu praktischen Wahrheiten sich wohl v. S. durch seine Behauptung zu stellen gesucht habe. Denn dass er irgend einen juristischen Zweck mit seiner irrigen Behauptung verbunden habe, das glaubt man voraussetzen zu müssen. Indess bevor ich zu jener Betrachtung vorschreite, erlaube ich mir eine durch unsere heutigen juristisch-literarischen Zustände motivirte Abschweifung durchzuführen. Fest überzeugt bin ich nämlich, von Semester zu Semester werden gläubige Männer, sollten sie auch von gegenwärtigem Aufsatze Notiz genommen haben, vom Katheder herab lehren, eine durch v. S. neuentdeckte Trefflichkeit des röm. Rechtes bestehe darin, dass im Gegensatz zu des Bürgers und Landmanns naturgemässer Ueberzeugung, dasselbe sich zu der v. S.s. bekenne. Auf im Glauben also befestigte Männer kann man nur durch Autoritäten Eindruck machen. Da nun unter andern auch die Begriffe Nothwendigkeit, Gewalt und Zwang in einem Buche der Metaphysik des Aristoteles erschöpfend festgestellt sind, so bringe ich vielleicht (denn immer kommt es noch darauf an, ob man den Aristoteles oder v. S.n. als grössere Autorität ansieht) den gewünschten Eindruck hervor, wenn ich nachweise, dass auch Aristoteles nicht an die Freiwilligkeit erzwungener Handlungen glaubt. Er zerlegt den allgemeinen Begriff des Nothwendigen und also desjenigen, was ohne Wahl und Willkühr, mit einem Worte, ohne Freiheit

geschieht*), in dessen einzelne Gattungen, lässt aber dabei gänzlich die auf Naturgesetzen beruhenden rein materiellen Erscheinungen an den nichtanimalischen Dingen abseits liegen, und bezeichnet (mit der einzigen Ausnahme, dass er nothwendig auch dasjenige nennt, was die thierische wie die menschliche Natur mit der Unwillkührlichkeit des Instinctes vollbringt, wie z. B. Athmen und Nahrungzusichnehmen) nur**) menschliches, von dem Triebe oder der Ueberlegung bestimmtes Thun oder Unterlassen, als etwas Nothwendiges. Dass man sich zu irgend einem Unangenehmen entschliesst, um ein Uebel los zu werden, oder dasselbe nicht eintreten zu lassen***), das betrachtet Aristoteles als etwas Nothwendiges, und sieht es also nicht für einen Act der Freiheit an, wenn man es thut. Die Gewalt (*βία*, vis) ist ihm, in ihrer, ein Individuum nach Trieb und eigner freier Wahl zu handeln behin-

*) m. s. Aristotelis et Theophrasti Metaphysica ed. Brandis. Berlin 1823. ap. Reimer. pag. 93.

**) Dies sage ich, weil von vorliegender Betrachtung ausfällt, was Aristoteles in weitern, nachstehend nicht mit abgedruckten Bemerkungen über die Nothwendigkeit in einer Beweisführung und über den Begriff des Nothwendigen in rein metaphysischer Beziehung sagt.

***) Ἀναγκαῖον λέγεται, ὅυ ἄνευ οὐκ ἐνδέχεται ζῆν, ὡς συναιτίου, οἷον τὸ ἀναπνεῖν καὶ ἡ τροφὴ τῷ ζώῳ ἀναγκαῖον· ἀδύνατον γὰρ ἄνευ τούτων εἶναι. καὶ ὧν ἄνευ τὸ ἀγαθὸν μὴ ἐνδέχεται ἢ εἶναι ἢ γενέσθαι, ἤ τι κακὸν ἀποβαλεῖν ἢ στερηθῆναι, οἷον τὸ πιεῖν τὸ φάρμακον ἀναγκαῖον ἵνα μὴ κάμνῃ, καὶ τὸ πλεῦσαι εἰς Αἴγιναν ἵν' ἀπολάβῃ τὰ χρήματα. ἔτι τὸ βίαιον καὶ ἡ βία. τοῦτο δ' ἐστὶ τὸ παρὰ τὴν ὁρμὴν καὶ προαίρεσιν ἐμποδίζον καὶ κωλυτικόν· τὸ γὰρ βίαιον ἀναγκαῖον λέγεται διὸ καὶ λυπηρὸν, ὥςπερ καὶ Εὐηνὸς φησὶ „Πᾶν γὰρ ἀναγκαῖον πρᾶγμ' ἀνιαρὸν ἔφυ. „καὶ ἡ βία ἀνάγκη τις, ὥςπερ καὶ Σοφοκλῆς λέγει „Ἀλλ' ἡ βία με ταῦτ' ἀναγκάζει ποιεῖν." καὶ δοκεῖ ἡ ἀνάγκη ἀμετάπειστόν τι εἶναι, ὀρθῶς· ἐναντίον γὰρ τῇ κατὰ τὴν προαίρεσιν κινήσει καὶ κατὰ τὸν λογισμόν. ἔτι τὸ μὴ ἐνδεχόμενον ἄλλως ἔχειν ἀναγκαῖόν φαμεν οὕτως ἔχειν καὶ κατὰ τοῦτο τὸ ἀναγκαῖον καὶ τ' ἄλλα λεγεταί πως ἅπαντα ἀναγκαῖα· τό τε γὰρ βίαιον ἀναγκαῖον λέγεται ἢ ποιεῖν ἢ πάσχειν τότε, ὅταν μὴ ἐνδέχεται κατὰ τὴν ὁρμὴν διά το βιαζόμενον, ὡς ταύτην ἀνάγκην οὖσαν, δι' ἣν μὴ ἐνδέχεται ἄλλως. κ. τ. λ.

dernden Wirkung, eine Nothwendigkeit; und also hält er es für keinen Act der Freiheit, wenn Jemand, dessen Trieb und Wahl es wäre, sein Geld in der Tasche zu behalten, dasselbe hingiebt, weil ihn ausserdem die Gewalt eines Magistrates züchtigen würde gleich einem Verbrecher. Ihm ist Gewalt etwas, das zu einem Thun zwingt. Unmöglich also, dass er das durch eine Gewalt motivirte Thun für ein unerzwungenes, d. h. ein freies ansähe. Als ein nothwendiges prädicirt er sodann im Allgemeinen alles, dessen Gegentheil unmöglich wäre, und prädicirt speciel auch jedes von der Absicht, ein von fremder Gewalt uns gedrohtes Uebel zu vermeiden, motivirtes Thun für eine Nothwendigkeit nach eben diesem Kennzeichen. Somit aber sieht Aristoteles für nothwendig jedes Thun oder Unterlassen an, dessen Gegentheil zwar nach physischen Gesetzen unbehindert eintreten könnte, jedoch als wirklich eintretend nur dann gedacht werden kann, wenn man annimmt, es könnten vorher in dem Individuum die Naturgesetze seines Begehrens- und Verabscheuungsvermögens umgekehrt werden.

§. 4.

v. S.s. Behauptung in Verhältniss zur Praxis.

Nichts natürlicher, als dass man die Frage aufwirft, was denn nun das objective Recht dabei gewinnen soll, wenn v. S. im Gegensatz zu den allgemein verbreiteten Ansichten des täglichen Lebens, des röm. Rechtes und des in Aristoteles personificirten Verstandes eine erzwungene Handlung als eine freie um deswillen prädicirt, weil das Unterlassen physisch möglich war. Kein geringer scheint der Gewinn, den er sich davon verspricht; denn S. 103. bemerkt er: „ganz vorzüglich sei die unzweifelhafte praktische Behandlung des Falles“ (womit er zweifelsohne die Art und Weise der Anwendung meint, welche wir dem Edicte quod metus causa in

den Pandecten gegeben finden) „nur unter Voraussetzung jener Grundregel begreiflich.“

Uebertrage ich mir nun seine unmittelbar darauf folgenden Worte *) in die ihren Sinn genauer aussprechenden: „obschon der Zwang“ — d. h. dasjenige, was v. S. vis compulsiva nennt — „nicht die physische Möglichkeit des entgegenstehenden Unterlassens aufhebt, so steht er doch dem Rechtszwecke entgegen, indem er wider die selbstständige Persönlichkeit des Gezwungenen anläuft,“ so begreife ich zunächst nicht, welchen Begriff v. S. mit der fortbestehenden Freiheit eines Individuums verbindet, dessen Selbstständigkeit (die doch wohl zusammenfällt mit des Individuums eigenem freien Willen) ungesichert bleibt. Wenn er alsdann fortfährt — S. 104. — „Demnach liegt in dem Zwange eine in das Rechtsgebiet störend eingreifende Unsittlichkeit,“ so ist natürlich gegen diesen Satz nichts einzuwenden; allein das demnach ist unbegreiflich. Denn jeder Eingriff in das Rechtsgebiet ist eine Unsittlichkeit, und jeder solcher Eingriff ist ein Moment, das, bliebe es unbeseitigt, das Rechtsgebiet, d. h. die Freiheit eines Andern beeinträchtigte. Leicht ist hieraus zu ermessen, wie ich völlig ausser Stande bin, irgend mehr als hohle leere Worte in der unmittelbar darauf folgenden Prädicirung jener in dem Zwange liegenden Unsittlichkeit zu finden, nach welcher dieselbe ist: „dem Unrecht verwandt, wenn gleich kein wirkliches unmittelbares Unrecht.“ Welcher Jurist kennt, ausser Recht und Unrecht, ein drittes, dem letzteren verwandtes, kein wirkliches unmittelbares Unrecht? Alles, was gegen das objective Recht läuft, und also auch alles dem Edict quod metus causa Entgegenlaufende, ist ja eben dadurch bezeichnet als subjectives Unrecht. Noch grösser wo möglich ist

*) S. 103. „Obgleich nun der Zwang zu einer Willenserklärung die Freiheit des Handelnden an sich nicht aufhebt, folglich der natürlichen Wirksamkeit der Erklärung nicht im Wege steht, so steht er dennoch im geraden Widerspruch mit dem Zweck alles Rechts, welcher auf die sichere und selbstständige Entwicklung der Persönlichkeit gerichtet ist.“

die Nichtigkeit der „das unmittelbare Unrecht" zu erläutern bestimmten Note *). Gegen die nächstfolgende Stelle **) würde gar nichts einzuwenden sein, erregte nicht auch hier es Lächeln, wenn man sieht, wie v. S., ohne allen absehbaren Grund dazu, unabänderlich dabei bleibt, den Zwang kein Unrecht, sondern eine Unsittlichkeit zu nennen.

Der Leser wird begierig sein, endlich zu vernehmen, wo und wie denn nun angekündigtermaassen werde gezeigt werden, „dass sich nur unter Voraussezzung der v. S.schen Grundregel die praktische Behandlung des metus causa gesti begreifen lasse." Da der Erfolg beweisen wird, dass v. S. dies nirgends zeigt, so mag der Leser es um so mehr entschuldigen und billigen, wenn ich ersterem weiter Schritt vor Schritt folge. Entschädigt für das, was der Leser nicht erfährt, wird er durch manche Bemerkungen werden, die meinen Ansichten über der neusten Literatur

*) S. 104. (e.) „Der Zwang oder die Drohung enthält nicht einmal nothwendig ein beabsichtigtes, vorbereitetes Unrecht, da der Drohende fest entschlossen sein kann, die Drohung nicht zu vollziehen. Für die rechtliche Wirkung macht Dieses keinen Unterschied, da die ungehörige Einwirkung auf den fremden Willen stets dieselbe bleibt."

Das metus causa gestum liegt abgeschlossen vor, sobald ein Handeln erfolgte, dessen Motiv aus eines Andern Willkühr, in Gestalt eines im Fall der Unterlassung angedrohten Uebels, entsprang. Diese wirksam gewordene Bedrohung ist, vorausgesetzt die Möglichkeit des Glaubens an die Ausführung — denn sonst ginge der Drohung die objective Realität ab — das unmittelbar eigentliche, ganz eigentliche Unrecht, dem das Edict und die an demselben herangebildete Praxis entgegentritt.

**) S. 104. „Es ist die Aufgabe des positiven Rechts, diese Unsittlichkeit durch positive Gegenwirkung von dem Rechtsgebiet abzuwehren, und genau diese Aufgabe findet sich im röm. Recht deutlich anerkannt. Die sehr mannichfaltigen Mittel zu dieser Abwehr können nur in den einzelnen Theilen des Systems ganz deutlich gemacht werden; hier muss eine allgemeine Uebersicht genügen. Es dient zu diesem Zweck erstlich eine besondere Klage; ferner eine Exception gegen die Klage jedes Andern; endlich, wenn diese regelmässigen Mittel nicht genügen, die Wiederherstellung des veränderten Rechtszustandes auf dem Wege einer Restitution."

Verhältniss zur Praxis zu anderweiter Bestätigung dienen. Es sind folgende:

a) Indem v. S. bemerkt (g.) S. 104., grossentheils unzweifelhaft sei es, wie bei dinglichen Rechten und Obligationen gegen das quod metu causa gestum durch Klage, Ausflucht oder Restitution geholfen werde, fährt er unten zu lesender Maassen fort *). Folgendes möchte in Beziehung auf diese Stelle zu erwägen sein:

Für ein System des heutigen römischen Rechtes ist es ganz gleichgültig, ob das neuste, d. h. Justinianeische Recht hier eine Lücke gelassen hat oder nicht. Denn den sogenannten Eheprocess beherrscht im Ganzen und Wesentlichen der sittliche und religiöse Standpunkt, auf welchem eine Bevölkerung hinsichtlich der Ehe steht, so gebieterisch, dass kein geschriebener Buchstabe dagegen anders als nur scheinbar aufzukommen vermag. Jahre, wo meine richterliche Praxis fast nur auf Ehesachen beschränkt war, haben mir die Ueberzeugung gegeben, dass hier alles von einem mit mehr oder weniger Selbsterkenntniss seines Zustandes von der Volksmeinung also dominirten Gerichtsbrauche abhängt, dass der jener Meinung widersprechende Buchstabe in der Wirkung auf blosse Formbeobachtungen herabsinkt. Merkwürdig ist, dass, allen meinen Erfahrungen nach, im sächs. Eheprocesse jederzeit das metus causa gestum ganz conform den hinsichtlich desselben von mir in §. 7. S. 21. flgnde aufgestellten Ansichten ist behandelt worden. Für nichtig wird die Ehe erklärt, sobald erwiesen ist, dass dem Eheversprechen die Androhung eines Uebels vorhergegangen war, an dessen Realisirung der Bedrohte glauben konnte, und das im Vergleich mit der beabsichtigten Verehelichung ihm als das grössere Uebel

*) S. 105. „Bei der Ehe hatte das ältere r. R. wegen der freien Scheidung kein Bedürfniss einer besonderen Abhülfe; die bei Obligationen angewendeten Mittel passten hier nicht. Das neuste Recht, welches die Scheidung so sehr erschwert, hat hier eine Lücke gelassen. Das kanonische Recht nimmt ganz consequent Nichtigkeit der Ehe an. C. 15. 28. X. de spons. (1. 1.) C. c. X. de eo qui dux. (4. 7.)“

erscheinen konnte *); z. B. Enterbung, Verstossung aus dem elterlichen Hause u. dgl. Hiernächst erwäge man, mit welcher Consequenz v. S. sagen könne, im Falle des Zwanges nehme das kanonische Recht ganz consequenterweise die Nichtigkeit der Ehe an? Nach seiner Theorie müsste er dies höchst inconsequent finden, und, des Zwanges ungeachtet, die Sponsalien — m. s. S. 102. — „mit allen daran geknüpften Rechtswirkungen unbedenklich anerkennen;" dies um so unleugbarer, als die bei v. S. citirten Stellen des kanonischen Rechtes sich nicht als neue Sanctionen, sondern nur als die Anwendung des röm. Rechts geben, wie man dies aus den den Pandecten entnommenen Worten ersieht: nisi metu coactus, *qui potest in virum constantem cadere, eam desponsaverit — si talis metus fuerit illatus, qui potuit cadere in constantem virum.*

b) „Vollständig" — S. 105. — stellt v. S. die Bedingungen zusammen, „unter welchen allein der Zwang die wichtige Wirkung haben kann," Anspruch auf gerichtliche Hülfe zu geben; und S. 106. erklärt er nochmals ausdrücklich, „auf diese Fälle" — m. s. dieselben abgedruckt unten —**) „beschränkten sich jene wichtigen

*) Will die sächs. Praxis consequent sein, so wird sie auch in andern Streitigkeiten das metus causa gestum nicht anders als nach diesen allgemeinsten Kennzeichen bemessen können, deren Vorhandensein in jedem concreten Falle von dessen Idiosynkrasie abhängt. Wir werden weiter unten sehen, wie auf dem Buchstaben alter Juristen festgerannt v. S. das metus causa gestum auf Kennzeichen zurückführt, die dasselbe so eng umgränzen, dass, also normirt, es aus der Reihe der praktischen Begriffe so gut als völlig verschwände. Und hier werfe ich im Voraus die Frage auf: kann etwas heutiges röm. Recht sein, das so ganz der eben bemerkten Praxis, einer Praxis entgegenläuft, welche hoffentlich noch nicht die Achtung verscherzt hat, in der sie bisher gestanden?

**) „Es ist nöthig die Furcht vor einem bedeutenden Uebel, das heisst die Bedrohung des Lebens, oder des Leibes, oder der Freiheit. Dieses letzte gilt in einem doppelten Sinn: sowohl für die factische Entziehung der Freiheit durch Gefängniss oder Ketten, als auch für den wirklichen Sclavenstand, wenn etwa die Drohung darauf geht, eine vindicatio in servitutem durch Unterdrückung von Urkunden verderblich zu machen, oder wenn es in der Macht des Drohenden

Wirkungen der Drohungen.“ Man sieht ohne weiteres, dass, wenn wir das metus causa gestum auf diese Fälle beschränken, die Möglichkeit seines Vorkommens fast null wird. Denn entweder sind die Lebensverhältnisse, die hier vorausgesetzt werden, gänzlich antiquirt, oder es sind doch im Allgemeinen alle neuere Zustände von zu zahmer Natur, als dass sich in praktischen Verhältnissen gewinnsüchtige Bedrohung mit Gefängniss, Ketten u. dgl. möchte bemerklich machen. Was ferner soll man mit diesen Fällen anfangen, die durch keinen leitenden allgemeinen Begriff des metus causa gesti zusammen gehalten werden? Nach v. S. ist es metus causa gestum, wenn Lucius ein Geschäft eingeht, das der Preis ist, um welchen er seinen Sohn von angedrohten Ketten und Banden befreit, hingegen kein metus causa gestum, wenn er das Nämliche thut, um das nämliche Schicksal von seiner Gattin abzuwenden. Gesetzt ferner: eine nach allen äusseren Kennzeichen gerichtliche, also keiner Diffession unterworfene Urkunde in der Hand, bedroht Jemand die darin als Schuldner aufgeführte Person mit Schuldarrest und die dadurch erregte Furcht ist keine leere Einbildung, weil es schwer, jedenfalls langwierig sein würde, die Fälschung zu beweisen, so frage ich, fällt das angedrohte Uebel oder fällt es nicht unter die Kategorie von Gefängniss oder Ketten?

c) Ist es nicht wahrhaft entsetzlich, wenn man S. 106. liest, dass in Gemässheit der Restriction des metu causa gesti auf die gedachten Fälle, Bedrohung des guten Rufes nicht in Betrachtung komme? daran glaubt v. S., weil es das Schicksal so gefügt hat, dass erbärmliche Menschen, wie es Justinian und die Compilatoren waren, unter die zum Theil ganz kopflos excerpirten und noch kopfloser durcheinander geworfenen sogenannten leges in l. 7. pr. quod m. c. die Worte gebracht haben: nec timorem infamiae hoc edicto contineri. Angenommen,

steht, den Freien in einen Sclaven zu verwandeln. In allen diesen Fällen ist es gleichgültig, ob dem Handelnden für sich selbst oder für seine Kinder die Gefahr angedroht wird.“

es wäre entschieden gewiss, dass hier von einer Furcht die Rede sei, die metus illatus, nicht der rein subjective Bestimmungsgrund des Handelnden war, so wird die Casuistik folgende sein:

Cajus bedrohte den Decius mit einer den Verurtheilten infamirenden Klage. War Cajus berechtigt, die Klage anzustellen, so war er auch befugt, es in des Decius Willkühr zu stellen, sich der Klage auszusetzen oder vergleichsweise dieselbe zu vermeiden. War Cajus unbefugt, so ist dennoch die vergleichsweise Abfindung desselben eine gültige. Denn ein Vergleich wird nicht darum ungültig, weil man im Stande ist zu beweisen, der vergleichsweise Abgefundene würde den Process nicht gewonnen haben. Wenn aber Cajus, unbefugt die Klage anzustellen und zugleich selbst davon überzeugt, Jemandes Furcht vor einem Processe benutzte, um von demselben ein Rechtsgeschäft zu erzwingen, so ist es zwar recht wohl glaublich, dass kein römischer Jurist den Fall unter das Edict subsumirte; ganz gewiss aber behauptete jeder röm. Jurist, Cajus habe die Zahlung dolo erlangt. Alsdann aber stand Decius in Hinsicht auf das materielle Recht eben so, wie er in Folge jener Subsumtion gestanden hätte. Denn die auf dolus beruhende Klage und Exception ist wie die auf dem metus causa gesto beruhende in rem scripta, sobald der Empfänger in causa lucrativa versirt, und in dieser versirt, wer, wie Cajus, etwas erhält ohne alle Gegenleistung. Ebenso wird auch der Fall zu beurtheilen sein, wo Decius, mit einer seinen guten Ruf gefährdenden Nachrede bedroht, das geforderte Schweigegeld bezahlt.

Hieraus ergiebt sich zugleich, wie werthlos für den heutigen nach röm. Rechte zu normirenden Rechtszustand es ist, wenn v. S. weiter, S. 106. u. 107., es für nöthig erachtet, bemerklich zu machen, dass Bedrohungen mit Vermögensverluste oder Processen, möchten es nun Civil- oder Criminalklagen sein, kein metus causa gestum herstellten. Allerdings verkennt v. S. nicht, dass auch gegen Bedrohung mit chicaneuser Klage und Vermögenseinbusse Rechtshülfe möglich sein müsse, allein er

glaubt *) an eine materielle Rechtsverschiedenheit, die gezeigtermaassen nach röm. Rechte nicht stattfindet, und die unsere Stellung zum röm. Rechte auch dann, wenn sie nicht bereits die classischen Juristen überwunden hätten, überwinden müsste, und dies zwar um deswillen, weil wir nicht an die wörtliche Handhabung der verschiedenen Edicte gebunden, sondern befugt und berufen sind, die darin manifestirten und in der Casuistik durchgeführten Rechtsideen von den beengenden Wirkungen local und temporär gegebener Umstände zu befreien.

d) Auf die Bemerkung der Fälle, wo das röm. Recht ein metus causa gestum annehme und sodann die, dass die Bedrohung mit Klagen nicht dazu ausreiche, lässt v. S. als Consectarium den Satz folgen: („Man kann also sagen" — S. 106. —) „dass diejenigen Uebel, deren Androhung jene Wirkung hervorbringt, fast immer wahre Rechtsverletzungen enthalten müssen." Auch hier bin ich völlig ausser Stande mit den Worten einen Sinn zu verbinden, noch weniger daraus eine Ueberzeugung zu entnehmen. Das Uebel, das ich Jemandem anthue, um ihm einen Bestimmungsgrund seines Handelns aufzudringen, enthält nicht nur eben um deswillen allemal, sondern ist allemal, sage allemal eine Rechtsverletzung, wogegen keines irgend ersinnlichen Uebels Natur eine Rechtsverletzung enthält, sondern unter besonderen Umständen ist dasselbe nicht nur ein Uebel, sondern auch zugleich eine Rechtsverletzung. Der Ausgepeitschte erleidet jedenfalls ein Uebel, das

*) S. 106. not. p. „Damit ist nicht gesagt, dass gegen die Drohung einer Klage, um Geld oder Geldeswerth zu erpressen, kein Schutz zu finden wäre; vielmehr bezieht sich darauf das Edict de calumniatoribus (Dig. III. 6.), welches jedoch andre Regeln hat als die actio quod metus causa."

S. 107. not. r. „Hier kann die condictio ob turpem causam helfen (l. 2. pr. l. 4. §. 2. de cond. ob turp. 12. 5.), die nur andre Regeln hat, als die actio quod metus causa. Der durchgreifendste praktische Unterschied liegt darin, dass die actio quod metus causa gegen jeden Dritten wirkt, anstatt dass die erwähnten anderen Rechtsmittel nur gegen den Thäter gehen."

jedoch in dem einen Falle Rechtshandhabung, in dem andern Rechtsverletzung ist.

e) v. S. giebt als allgemeine Voraussetzungen, unter welchen er in den von ihm bemerkten Fällen ein metus causa annimmt, die an (S. 107.), dass die Furcht eine gegründete sein müsse, indem nicht der Charakterschwäche oder der leeren Einbildung solle Schutz verheissen werden *), und endlich — um andre kürzeste Worte zu gebrauchen — dass der metus ab aliquo illatus sein müsse **). Was hiergegen in Betrachtung zu ziehen ist, das enthalten die beiden unten zu lesenden Anmerkungen.

Vorstehend unter a. — e. ist vollständig mitgetheilt, was v. S. zu Erörterung und Feststellung des Begriffes des metus causa gesti sagt. Wie viel in Beziehung auf dasselbe durch v. S.s. Worte für den Rechtszustand und für wissenschaftliche Praxis gewonnen sei, legt sich von selbst dar. Das Allerseltsamste aber ist, dass auch nicht eine Sylbe uns verräth, was wir nach S. 103. zu erfahren erwarteten, nämlich: „wie die zweifelhafte praktische Behandlung des Falles nur unter Voraussetzung jener“ (coactam und dennoch liberam voluntatem statuirenden) „Regel begreiflich werde.“ Statt dessen verschreitet v. S. nunmehr anderweit zum Beweise der ausserordentlichen Regel; denn nachdem er berichtetermaassen die Fälle zusammengestellt, wo das metus causa gestum ein-

*) Wenn Cajus schon einen Ritz mit der Nadel eben so sehr fürchtete, als ein Andrer die gefährlichste Stichwunde, so sehe ich nicht ein, warum, wenn Jemand diese Idiosynkrasie des Cajus gemissbraucht hat, um dessen freie Persönlichkeit zu beeinträchtigen, diese um deswillen nicht soll geschützt werden, weil sie eine verzärtelte ist. Soll uns etwa die Rechtspflege zu Spartanern erziehen? Ein römischer Jurist würde gesagt haben: haec species facti non pertinet ad edictum, aber er hätte unter solchen Umständen schon gezeigtermaassen die des gleichen Erfolges versicherte actio de dolo gegeben. Wo bliebe also hier in einem Systeme des heutigen röm. Rechtes ein Unterschied?

**) Die Casuistik des röm. Rechtes in l. 7. §. 1. hätte eine feinere theoretische Ausbildung des Begriffes metus illatus veranlassen sollen.

treten soll, und die ebenfalls mitgetheilten allgemeinen Voraussetzungen desselben, fährt er unten zu lesendermaassen fort *).

§. 5.

Bemerkungen zu den untenstehend abgedruckten Worten v. S.s.

Betrachte ich zuerst die mit Zweitens anhebenden Worte, so finde ich, v. S. räsonnirt also:

1. Todesfurcht ist Todesfurcht, und darum der Seelenzustand, in welchem Titius 1000 Thaler aufopferte, um dem Tode zu entgehen, ein und derselbe, die Umstände, die ihn in jenen Seelenzustand versetzen, mögen entweder

*) „Fassen wir das hier Gesagte (S. 107. — 109.) und im Einzelnen Bewiesene zu einer kurzen Uebersicht zusammen, so ergiebt sich daraus die Bestätigung des oben aufgestellten Grundsatzes: Der Zwang schliesst nicht die Freiheit aus, so dass neben ihm die Willenserklärung dennoch besteht und wirkt. Ihre natürlichen Folgen aber werden durch eine positive Gegenwirkung gehemmt, deren Grund in der Unsittlichkeit liegt, wodurch der Zwang das Rechtsgebiet stört.“

„In dieser Verbindung aber tritt die Wahrheit der Grundregel, dass der Zwang die Freiheit nicht ausschliesst, noch deutlicher hervor. Erstlich wegen der nöthig gefundenen positiven Gegenanstalten. Wenn ein Unmündiger oder ein Wahnsinniger solche Worte ausspricht, wodurch ein Handlungsfähiger, welcher sie ausspräche, verpflichtet werden würde, so wird nicht daran gedacht, ihm dagegen einen künstlichen Schutz zu bereiten, z. B. durch eine Exception gegen die Contractsklage des Gegners; es ist juristisch gar Nichts geschehen, das ist genug. Ganz so müsste es auch sein bei Demjenigen, welcher durch Drohungen zu einer Willenserklärung bestimmt wird, wenn wirklich der Zwang die Willensfreiheit ausschlösse; da es hier nicht so ist, so muss wohl Freiheit als vorhanden vorausgesetzt sein. — Zweitens, wenn die Freiheit durch Furcht ausgeschlossen würde, so müsste es ganz gleichgültig sein, ob diese Furcht durch das blosse Denken des Fürchtenden allein, oder durch fremde Drohung entstanden wäre, da in beiden Fällen der Seelenzustand des Fürchtenden derselbe ist. Da nun aber jener Rechtsschutz nie der blossen Furcht allein, sondern lediglich der durch Drohung erzeugten Furcht gewährt wird, so muss der Grund dieses Rechtsschutzes nicht in die mangelnde Willensfreiheit des Fürchtenden, sondern in die rechtswidrige Unsittlichkeit des Drohenden, gesetzt werden.“

a) Jemandes absichtliches Werk oder

b) Niemandem beizumessen sein.

2. Im ersteren Falle hat Titius Rechtshülfe zu erwarten, im zweiten nicht.

3. Was dem einen Seelenzustande recht ist, das ist dem andern billig. Also kann im ersteren der Grund der Rechtshülfe nicht in der Furcht liegen, denn sonst müsste auch im zweiten die Furcht Anspruch auf Rechtshülfe geben.

4. Demnach muss der Grund im ersten Falle ein diesem eigenthümliches Moment sein.

5. Dies Moment kann kein Mangel an Willensfreiheit sein*); denn fehlte diese im ersten Falle, so fehlte

*) v. S.s. Worte S. 108. und 109. „so muss der Grund dieses Rechtsschutzes nicht in die mangelnde Willensfreiheit gesetzt werden,“ scheinen für den ersten Fall den Mangel der Willensfreiheit anzuerkennen. Er hätte aber, wollte er genaue, seinen Ansichten conforme Ausdrücke gebrauchen, sagen müssen: „so kann der Grund dieses Rechtsschutzes nicht in mangelnde Willensfreiheit gesetzt werden.“ Die gebrauchten widersprechen seinen vorhergegangenen, überall trotz des Zwanges die Willensfreiheit annehmenden Behauptungen, eben so den unmittelbar darauf folgenden Worten, welche bestimmt sind, noch einen, und endlich den letzten Streich gegen die Annahme zu führen, Zwang hebe die Freiheit auf. Man urtheile selbst. S. 109. „Um die hier bekämpfte Meinung, nach welcher der Zwang das Dasein des freien Wollens ausschliessen soll, völlig zu beseitigen, ist es nöthig, zum Schluss noch eine mögliche Gestalt desselben zu erwähnen, welche mehreren ihrer Vertheidiger, wenn auch nicht ganz deutlich gedacht, vorgeschwebt zu haben scheint. Man kann sich nämlich den durch die Drohung erzeugten Seelenzustand in Gedanken so steigern, dass er dem Wahnsinn oder der äussersten Trunkenheit gleichartig wird, in welchem Fall der so Geängstete in der That nicht mehr weiss, was er thut oder redet, also wirklich bewusstlos ist. In diesem Falle ist nun in Wahrheit gar kein Wille vorhanden, und kein Richter wird darüber in Zweifel sein. Dabei ist es auch ganz gleichgültig, ob diese Art der Bewusstlosigkeit durch menschlichen bösen Willen, oder durch Naturereignisse, vielleicht blos durch die Einbildungskraft eines höchst furchtsamen Menschen, hervorgebracht worden ist. Das röm. Recht denkt entschieden gar nicht an diesen Fall, theils weil in demselben gewiss Alles ipso jure nichtig sein würde, theils weil die Drohung als Grund der Furcht dabei gleichgültig ist, die doch das röm. Recht als unerlässliche Bedingung seiner indirecten Schutz-

sie auch im zweiten, da ein und derselbe Seelenzustand nicht das eine Mal die Freiheit aufheben, das andre Mal sie bestehen lassen kann.

6. Eine Eigenthümlichkeit des ersteren Falles liegt nur in der Unsittlichkeit dessen, von dem Titius mit dem Tode bedroht wird.

Also

7. ist diese Bedrohung das auf Rechtshülfe Anspruch gebende Moment.

Dass dies Räsonnement falsch ist — alsbald wird sich zeigen, dass das Irrige desselben in der 5. Position liegt — beweist sofort die Conclusion, die in Widerspruch zu der unbestreitbaren Wahrheit steht, dass Niemandes Unsittlichkeit Jemandem Anspruch auf Rechtshülfe geben kann, ehe und bevor jene Unsittlichkeit verletzend auf dessen Persönlichkeit eingreift. Demnach müssen wir das vorstehende Räsonnement also berichtigen, dass wir, allerdings genöthigt, eine Eigenthümlichkeit des ersten Falles zu entdecken, in Folge deren nur er, nicht auch der zweite Rechtshülfe bedingt, in dieser Eigenthümlichkeit zugleich ein des Titius Persönlichkeit, oder — beides ist identisch — dessen Freiheit verletzendes Moment entdecken. Alles aber, was im ersten Falle in Bezug auf des Titius Persönlichkeit ist gethan worden, besteht darin, dass Jemandes Willkühr der Handlung des Titius den Bestimmungsgrund gegeben hat. Also kann auch nur hierin das des Titius Persönlichkeit und somit auch dessen Freiheit verletzende und darum die Rechtshülfe bedingende Moment liegen. Dieses Moment ist zugleich ein den ersten Fall von dem letzten unterscheidendes, demselben eigenthümliches Moment. Denn geben gleich in beiden Fällen furchterregende Umstände den Bestimmungsgrund ab, so sind doch nur in dem ersten Falle diese bestimmenden Umstände aus Absicht und Willkühr eines Andern hervorgegangen, nicht auch im zweiten.

anstalten fordert.“ Man beachte in dieser Stelle das *ipso jure* und die indirecten Schutzanstalten, auf die ich alsbald des weiteren zurückkommen werde.

Nun zweitens und schlüsslich *) noch Einiges über den ersten Theil der in der Anmerk. S. 60. abgedruckten Stelle, wo wir die Betrachtung lesen: schlösse der Zwang die Willensfreiheit wirklich aus, so müsste ein erzwungenes Rechtsgeschäft eben so anzusehen, eben so ipso jure null **), es „genug sein, dass juristisch gar nichts geschehen," als wie dies der Fall sei, wenn ein Wahnsinniger Worte ausspräche, die, bei gesundem Geiste ausgesprochen, verbindende sein würden; dies aber geschähe nicht. Nur in jenem Falle, nicht auch in diesem wären „positive Gegenanstalten," „indirecte Schutzanstalten" getroffen, also müsse „wohl" bei dem erzwungenen Geschäfte die Freiheit als vorhanden vorausgesetzt sein.

Wie man so etwas sagen könne bei der geringsten, freilich kaum anders als auf dem Wege der Praxis erreichbaren Einsicht in die dem Wesentlichen nach nothwendig aller Orten und Zeiten gleiche Art und Weise, auf welche der Streit über Existenz und Nichtexistenz eines Rechtsverhältnisses den processualischen Verlauf nimmt, das ist mir unbegreiflich. Um so lieber aber verweile ich bei diesen Aeusserungen v. S.s., weil sie deutlich zu erkennen geben, wie seine Theorie völlig parallel den Ueberzeugungen manches Praktikers läuft, welcher sich mit besonderer Emphase gegen die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes zu erklären glaubt, wenn er sagt, es

*) Nicht unangemessen scheint es mir, einiges über die Motiven zu sagen, die mich bestimmten, hier so umständlich bei v. S's. Ansichten zu verweilen. Da ich, so lange kein berühmteres System des heutigen röm. Rechtes erscheint, als das seinige — denkbar ist es, aber kaum möglich — es für meine Autorenpflicht erachte, überall, wo ich in Behandlung von Rechtsmaterien mit ihm zusammentreffe — m. s. §. 1. S. 39. — sorgfältig jenes System zu berücksichtigen, so musste ich für den Fall, dass wir auch weiterhin sehr divergirender Ansichten blieben, hier den Beweis geben, wie sorgfältig und gewissenhaft ich mit seinen Lehren zu Werke gehe. In diesen Credit hoffe ich durch gegenwärtigen Aufsatz mich gesetzt zu haben, und werde also, ohne Misstrauen in meine Redlichkeit und Genauigkeit zu veranlassen, in künftigen ähnlichen Fällen kürzer zu Werke gehen können.

**) M. vergleiche die S. 61. in der Anmerk. abgedruckten Worte.

sei ipso jure null und nichtig. Vielleicht sind diese Praktiker dankbar für folgende Belehrung.

Ein Rechtsgeschäft und alle an dessen Gültigkeit sich anschliessende Wirkungen nehmen wir an, sobald diejenigen Voraussetzungen ersichtlich sind, wodurch dasselbe bedingt ist. Allemal sind dieselben rein factischer Art. Um die in jedem Falle vorhandene Möglichkeit, dass jene factischen Voraussetzungen also modificirt, anderweite factische Verhältnisse von solcher Art eingetreten sein können, dass jene Voraussetzungen den ihnen an sich beizulegenden Effect nicht in dem concreten Falle haben können, darum hat sich der Richter nicht zu bekümmern. Nur insofern hat er mit diesen anderweiten factischen Momenten zu schaffen, als sie zu seiner officiellen Kenntniss und in Liquidität gebracht werden. Daraus folgt: dass der Wahnsinn eben so wenig als der Zwang ein Rechtsgeschäft zu einem solchen macht, hinsichtlich dessen es „genug ist, dass juristisch gar nichts geschehe;“ dass vielmehr des Wahnsinns und des Zwanges ungeachtet, juristisch etwas geschehen, sogar etwas Vollwirksames geschehen ist, so lange und bevor nicht der Zwang oder der Wahnsinn bewiesen worden. Auch ist eben keine ausgezeichnete juristische Phantasie erforderlich, um sich Fälle zu denken, wo eine Schuldverschreibung im Wahnsinne oder doch bei alterirtem, undispositionsfähig machendem Geiste kann ausgestellt, diesen Seelenzustand zu beweisen aber eben so schwer sein kann, als den Zwang zu beweisen *). Umgekehrt können wir uns Fälle denken, wo gleich Anfangs der Zwang eben so offenbar vorläge **), als der Wahnsinn, wenn

*) Eben so mit der Minorennität, die hier v. S. auch erwähnt. Der blosse Augenschein, Geburtszeugnisse, werden zum öftersten alle weitere Processführung niederschlagen. Wird aber ein Ausländer als Schuldner belangt aus einem Geschäfte, das vor Monaten in seiner Heimath geschlossen wurde, und er behauptet, zu der Zeit unmündig gewesen zu sein, so kann der Beweis ihm sehr schwer fallen.

**) Z. B. A. ist criminel bestraft worden, weil er vier Wochen lang den B. bei sich im Keller eingesperrt hatte, und nun wird ein von B. an A. dem Dato nach während jener Zeit ausgestellter Wechsel gegen B. producirt.

jemand ein im Tollhause von einem dort Detinirten ausgestelltes Document wollte geltend machen.

Also dort wie hier der nämliche „künstliche Schutz", die nämlichen „positiven Gegenanstalten," die Schutzanstalt bei dem Wahnsinn eben so „indirect" als bei dem Zwange.

Für denjenigen, für den es sich nicht von selbst verstünde, dass es der Sache nach auch in Rom nicht anders könne gehalten worden sein, sollen weiter unten einige dies bestätigende Fragmente folgen.

Was hat es denn nun aber mit dem „*ipso jure*" für eine Bewandniss, mit diesem, wie man zu glauben scheint, dergestalt an und für sich selbst vernichtenden „*ipso jure,*" dass vermeintlich, des schlüssigen Klagvorbringens ungeachtet, der Richter gar nicht in den Fall kommen kann, jedenfalls erst noch danach zu fragen, ob die Voraussetzung eines ipso jure non valere vorhanden sei?

Die Antwort darauf ist diese: während wir jedes Anführen besonderer, den Klagegrund elidirender factischer Momente Exception nennen, war dies nicht der Fall in Rom, sondern nach strengster Bedeutung des Wortes war eine Exception das Anführen einer Thatsache, die nach jus gentium und prätorischem Rechte einen im jure civili wurzelnden Klagegrund elidirte, nach minder strenger*), jedes den Klagegrund elidirende Factum, das der judex pedaneus nicht berücksichtigte, wenn ihm nicht die bei dem Prätor, d. i. *in jure* ausgebrachte Formel, deren Berücksichtigung zur Pflicht machte. Andere, nur im heutigen Sinne des Wortes so zu benennende Exceptionen, die der judex pedaneus ohne desfalls erhaltene Instruction zu berücksichtigen hatte, nannte man nicht Exceptionen. Demnach läuft die Behauptung: ein Verhältniss sei ipso jure wirkungslos, wenn sie einen Sinn haben soll, auf die rechtshistorische Bemerkung hinaus, wirkungslos sei es gewesen, in Folge von Thatsachen, die zu berücksichtigen der judex pedaneus nicht brauchte durch die

*) Beispiele von einer noch weniger strengen Terminologie, die jedem der Quellen Kundigen gegenwärtig sind, fallen von der Betrachtung aus.

Formel angewiesen zu werden. Dass in solchen Fällen ein Stillschweigen der Formel nicht vermochte, den judex pedaneus allwissend zu machen, dergestalt, dass er ohne vorhergehenden Beweis von Thatsachen, die eine Exception im heutigen Sinne des Wortes begründeten, dem Kläger, alsbald nachdem derselbe den Mund aufgethan, zurufen konnte: dein Anspruch ist ipso jure null, das bin ich versucht überaus einleuchtend zu finden*).

Dies alles in Beziehung auf das quod metu causa gestum des Lesers Vorstellungen näher zu rücken, noch die Betrachtung einiger Stellen. Zuerst l. 21. §. 4**).

Paulus wirft hier die Frage auf, ob Titius, durch Furcht bewogen, einen Kauf oder Miethcontract für rückgängig geworden zu erklären, von dieser Erklärung abstrahiren und eben so aus dem Contracte klagen könne, als wenn diese Erklärung nicht geschehen wäre. Eine quaestionem Domitianam hätte Paulus an sich hier gerichtet, wenn er geglaubt hätte, das erzwungene, den Contract für rückgängig geworden annehmende Uebereinkommen sei „unbedenklich mit allen daran geknüpften Rechtswirkungen anzuerkennen.“ Denn nach dieser v. S. Römischen Rechtsansicht hätte die Unmöglichkeit, aus dem Contracte zu klagen für Niemanden auch nur dem leisesten Zweifel unterworfen sein können. Andererseits wirft um nichts weniger Paulus allerdings die Frage auf,

*) Z. B. — m. s. mein Pandectenrecht Bd. III. §. 2. S. 284. ff. — wenn A. und B. einen Kauf abgeschlossen, dann aber mutuo dissensu ihn wieder aufgegeben haben, und dessenungeachtet ein Theil daraus klagt, so ist der mutuus dissensus bei uns Gegenstand einer Exception, war es aber nicht bei den Römern. Das ist übrigens logisch gar wohl erklärlich. Wir stellen die Frage so: haben die Parteien einen Kauf abgeschlossen? Die Römer so: besteht zwischen den Parteien ein Kauf? und nicht lässt letzteres sich bejahen, wenn mutuus dissensus eingetreten ist. So wird es erklärlich, wie z. B. l. 72. pr. de contr. emd. vend. — 18. 1. — sagen kann: pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emtioni, contineri contractu videntur.

**) Si metu coactus sim ab emtione, locatione discedere, videndum est, an nihil sit acti, et antiqua obligatio remaneat, ad hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonae fidei obligatione possimus uti, quum finita sit, dum amittitur. Et magis est, ut similis species acceptilationi sit; et ideo Praetoria actio nascitur.

ob man nicht das Geschäft gleich einem durch Acceptilation vernichteten ansehen und insofern sagen könne, nicht lasse sich aus einem aufgehobenen bonae fidei Contracte klagen? Wenn nun dessenungeachtet Paulus, ohne jene erstere Annahme, es könne aus dem Contracte eben so geklagt werden, als wenn nichts dessen Aufhebung Betreffendes erfolgt wäre*), als eine schlechthin unstatthafte, den Rechtsvorstellungen schnurstracks entgegenlaufende, abzuweisen, sich allerdings dahin erklärt, mehr spreche dafür — magis est — dass der Verletzte die Gültigkeit des Contractes mittels der prätorischen Klage auszuführen habe, jedoch den Grund davon nicht angiebt, so können wir keinen andern entdecken, als den, dass es dem Paulus unthulich schien zu sagen: ebenso wie die *exceptio* pacti conventi, scheine eine dagegen zu gebrauchende *replica* quod metus causa gestum ipso contractu contineri; was sehr wohl begreiflich ist; denn wenn die Tendenz des Edictes jederzeit nur dahin gegangen und in dem Sinne war aufgefasst worden, durch restitutio, Klage oder Ausflucht zu helfen, so musste, wer sich in Gemässheit des Edictes schützen wollte, sein Verfahren in der Maasse einleiten, dass er seinen Zweck durch eines von diesen drei Rechtsmitteln zu erreichen vermochte.

Hiernächst nehme man den umgekehrten Fall. Aulus, welcher den Titius zu Eingehung eines Miethcontractes gezwungen hat, klagt auf dessen Erfüllung gegen den Titius. Erwägt man nun, dass exceptio doli ebenfalls dem bonae fidei Contracte ipso jure inest und exceptio metus zu jener sich wie species zum genus verhält, so

*) Nach dieser würde der Processverlauf folgender gewesen sein. Die exceptio pacti conventi, d. h. hier das mutuus dissensus, war eine solche, die contractu contineri videbatur. Der Beklagte brauchte also davon nichts in jure oder bei dem Prätor zu sagen; es bedurfte dessen nicht, um dem judex pedaneus es zur Obliegenheit zu machen, keinen Contract als unter den Parteien bestehend anzusehen, sobald im judicio der mutuus dissensus von dem Beklagten dargethan wurde. Dagegen darzuthun, dass dieser dissensus ein erzwungener gewesen sei, würde sodann des Klägers Sache gewesen, und nach heutigen Vorstellungen dies ein replicatorisches Anführen gewesen sein.

lässt sich nicht bezweifeln, dass hier Titius ipso jure gegen den Anspruch sicher gestellt war, d. h. sicher gestellt war allerdings nur unter der Voraussetzung, er brachte das metus causa gestum in Gewissheit, alsdann aber auch, ohne vorher in jure oder bei dem Prätor eine desfalls den judex besonders instruirende Formel ausgebracht zu haben. Noch mehr: allerdings haben wir gesehen, wie in §. 3. cit. Paulus sich für die Meinung entschied, dass der aus einem Contracte, welcher nach factischen Momenten als mutuo dissensu aufgehoben erscheine, Klage Erhebende nicht zum Ziele komme, wenn er nicht eher, als vor dem judex pedaneus mit der Behauptung hervortrete, aus Zwang habe er eingewilligt, den Contract für rückgängig geworden gelten zu lassen (mit andern Worten: wenn er replicam metus in dem judicio vorschütze), er vielmehr auf Erfüllung des Contractes die actio quod metus causa zu richten. Jedoch ersehen wir dagegen auch aus l. 9. §. 5. und 6., dass Ulpian nicht nur hinsichtlich einer Realklage etwas ganz Andres als Paulus sagt, sondern auch in Hinsicht auf die Wirkungen des metus causa gesti noch entschiedener als Paulus ganz andrer Meinung ist als v. S. Die Stelle lautet also:

Julianus putat, eum, cui res metus causa tradita est — reddere — debere.

Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est ejus, qui vim passus est, verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem vel contra.

Hier ist der Fall folgender:

zu einer Veräusserung an Aulus ist Titius gezwungen worden und hat an Aulus übergeben. Ulpian gesteht dem Titius actionem in rem zu. Diese actio in rem ist nicht die actio quod metus causa. Dies ersehen wir daraus, dass jene actio in rem consumirt oder nicht consumirt wurde, je nachdem auf das quadruplum war geklagt worden oder nicht, was bekanntlich in Gestalt der actio

quod metus causa geschah. M. s. l. 14. §. 4*). Jene actio in rem war also eine Eigenthumsklage. Ulpian erklärt dies übrigens ausdrücklich, indem er hinzusetzt, sie werde gegeben, quia *res est in bonis* ejus qui vim passus est. Jedermann sieht, dass wenn die erzwungene Uebergabe die actionem in rem übrig liess, dergestalt, dass von dem metus causa gestum bei selbiger nichts zu erwähnen war, dass wenn die Sache *in bonis* des Tradirenden, trotz der erzwungenen Uebergabe blieb, v. S. s. Behauptung, das metus causa gestum schliesse den Willen und alle daran geknüpfte Rechtswirkungen nicht aus, sich schon in Vergleich mit dieser einzigen Stelle als höchst quellenwidrig darstellen würde. Wie stand aber unter solchen Umständen des Titius processualisches Verhältniss zu Aulus?

Aulus hatte die Sache in *bonis*, jedoch, da das Inbonishabere den Gegensatz des Civileigenthums bezeichnet, dieselbe nicht im Civileigenthume, das, wie immer, so auch in gegenwärtigem Falle, auf der in gehöriger Form vollbrachten mancipatio oder einem andern Veräusserungsmodus des juris civilis beruhte. Demnach hatte Titius nicht die rei vindicatio ex jure Quiritium, sondern die Publicianam in rem actionem. Dieser setzte Aulus exceptionem justi dominii entgegen. M. s. l. 16. de Publiciana in r. act. (6. 2.)**). Nun aber hätte nicht abzuleugnender Weise Ulpian eine Absurdität begangen, wenn er gesagt hätte: in rem***) dandam existimemus, wäre er nicht dabei der Meinung gewesen, nichts schade dem Titius jene Ausflucht, weil derselbe die (den Umständen nach, und da nicht quod metus causa war geklagt worden, offenbar nicht in jure bei Ausbringung der Formel zur Sprache gekommene) Replic ausführen könne: es

*) Haec autem actio quum arbitraria sit, habet reus licentiam usque ad sententiam ab arbitro datam restitutionem, secundum quod supra diximus, rei facere; quod si non fecerit, jure meritoque quadrupli condemnationem patietur.

**) Paulus notat: exceptio justi dominii Publicianae objicienda est.

***) Nach dem Obigen: die von dem metus causa gestum völlig abstrahirende Publicianische Klage.

lägen im concreten Falle die Prämissen eines das Inbonishabere ausschliessenden justi dominii nur scheinbar vor, dies um deswillen, weil jene Prämissen in einer erzwungenen Handlung bestünden.

Bei Ausarbeitung dieses literärischen Nachtrages sind mir immer und immer des Cicero Worte in Lb. III. cp. 17. de officiis (Vol. IV. P. II. pag. 419. ed. Orelli) eingefallen:

nos veri juris germanaeque justitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus; umbra et imaginibus utimur.

II.

Zu der Frage: ob und inwiefern ein Gericht, welches in einem vor demselben anhängig gewordenen Creditwesen den Gütervertreter bestellte, dadurch die Verbindlichkeit übernimmt, dessen Geschäftsführung zu vertreten.

§. 1.

Angabe des besondern Falles, welcher gegenwärtigen Aufsatz veranlasst hat.

Der Sachwalter, welchen ein sächs. Stadtgericht zum curator bonorum eines vor dieser Behörde anhängig gewordenen Creditwesens bestellt hatte, kam einige Jahre später, wo zu Distribution der Masse sollte verschritten werden, aller Rechenschaftsablegung über seine Geschäftsführung dadurch zuvor, dass er sich aus Deutschland, ja von dem Europäischen Continent entfernte, auf dem er an Vermögen so gut wie nichts zurücklies. Actenkundig lag vor, dass derselbe ermächtigt gewesen war, zu Berichtigung einer Schuld, welche der Masse gegen ein auswärtiges Creditwesen zustand, jährliche nicht unbedeutende Terminzahlungen in Empfang zu nehmen. Dass diese Zahlungen von Jahr zu Jahr bei ihm eingegangen seien, das war vorauszusetzen, denn gedachtem Stadtgerichte hatte die auswärtige Behörde angezeigt, dass von ihr aus jene Forderung in der eben bemerkten Maasse eingehen werde. Dass dessenungeachtet in mehreren aufeinanderfolgenden Jahren der curator bonorum weder von

solchen terminlich bei ihm eingegangenen Geldern etwas ablieferte, noch auch eine über diese Unterlassung aufklärende Anzeige bewirkte, ein gleiches Stillschweigen in Hinsicht auf noch eine Forderung walten lies, mit der es, dem Concursgerichte ebenfalls bekannt gewordener Maassen, gleiche Bewandniss hatte, das war der Beachtung des Gerichtes gänzlich entgangen, wenigstens war, so viel die Acten darlegten, nicht das Mindeste zu Aufklärung des Verhältnisses eher geschehen, als bis es thunlich geworden war, einen Distributionstermin anzusetzen, und dieser Umstand es nöthig machte, von dem curator bonorum Auskunft über die Activen zu fordern, deren Realisirung ihm obgelegen hatte. Hierauf nahm die Gläubigerschaft unter Eidesantrag darüber, dass die Gelder, welche an den entwichenen Gütervertreter hatten eingezahlt werden sollen, auch wirklich bei demselben eingegangen wären, den Stadtrath in rechtlichen Anspruch auf Ersatz dieser Gelder an das Creditwesen. In allen Instanzen*) ist man der Ansicht gewesen, vorausgesetzt, dass der Gelder Eingang bei dem entwichenen curator bonorum durch den Eid in Gewissheit trete, so habe das Creditwesen allerdings den Ersatz von der desfalls in Anspruch genommenen Behörde zu fordern. Dieses Präjudiz scheint mir für Gerichtsbehörden, namentlich solche, bei denen Jahr aus Jahr ein eine Anzahl bedeutender und umfänglicher Creditwesen anhängig ist, von so grosser Wichtigkeit, dass ich dasselbe mitzutheilen beschloss, obschon es keine Beziehung bietet, von der aus angesehen, dasselbe mich zu einer selbstständigen theoretischen Betrachtung anregen könnte. Ja es dürfte dies Präjudiz eben um deswillen sehr wichtig sein, weil überhaupt in Beziehung auf Fälle von Art des erwähnten das zwischen Concursrichter und curator bonorum statt findende Verhältniss sich kaum auf theoretischem Wege möchte vollkommen feststellen lassen. Alle Verwaltungen, also auch die Rechtsverwaltung — und in diese schlägt jenes Ver-

*) M. s. in der Beilage A. die von dem Appellationsgerichte zu Leipzig, in der Beilage B. die in dem Ober-Appellationsgerichte gegebenen Entscheidungsgründe.

hältniss ein — scheinen sich schwerlich durchgehend nach Principien normiren zu lassen, besser und zusagender aber nach einem Ermessen desjenigen, was man für insgemein nützlich und erspriesslich ansehen darf. Dies, dünkt mich, bestätigen die mitgetheilten Entscheidungsgründe unter B., denen §. 23. des dort angezogenen Gesetzes zum positivrechtlichen Schlusssteine dienen soll. Denn es möchte hier vor allen Dingen zu fragen sein, ob in jener Gesetzstelle das Wort Administrator (Verwalter) im weitesten Sinne zu verstehen sei, in dem es Jeden bezeichnet, der sich irgend einem bestimmten Geschäfte unterzogen (administrator negotii), oder nur in dem engeren, welcher als einen Administrator denjenigen bezeichnet, dem irgend ein Vermögensobject zu mehr oder weniger in sein Ermessen gestellter Disposition ist überlassen worden. Ein Sequester ist Administrator in letzterem Sinne, nicht aber der curator bonorum, dessen Geschäftsführung damit anhebt, dass er, anstatt ein Vermögensobject in die Hände zu bekommen, die Verpflichtung übernimmt, dergleichen Objecte zur Masse herbeizuziehen. Der curator bonorum, selbst des allergrössten Creditwesens, scheint in Hinsicht auf das, was er zu thun hat, dem mit Generalvollmacht versehenen Advocaten und Sachwalter eines in vielfache Rechtsverhältnisse verwickelten Mannes gleichgestellt zu sein; einen solchen wird der Generalvollmachtgeber nicht Administrator oder Verwalter nennen. Hiernächst erwäge man, inwiefern des Sequesters und des curator bonorum Stellung zusammentreffen oder von einander abweichen; alsdann wird es noch zweifelhafter, ob das Gesetz auch auf letzteren zu beziehen sei. Der Sequester, jeder Administrator im engeren Sinne des Wortes, muss Rechenschaft geben von seiner Administration und eine Rechnungsablegung ist die Form, die nothwendige und einzige Form, in der er die Rechenschaft ablegen kann. Denn er hat einen Vermögensbestand erhalten, den er gewähren muss, insofern er nicht, in Hinsicht auf Deterioration und Abgang, ihn liberirende Momente nachweisen kann. Dass der curator bonorum, welcher die Schuldner des Creditwesens mit den Zahlungen an das

Concursgericht zu weisen hat, für Rechnung des Creditwesens Geld oder Geldeswerth in seine Hand bekommen habe, hängt von Zufälligkeiten ab. Die Vorschrift aber, dass Jemandem von halben zu halben Jahren solle Rechnung abgenommen werden, scheint die Möglichkeit des Rechnungabnehmens nicht als etwas von Zufälligkeiten Abhängiges angesehen, sondern nur an Verhältnisse, wie die des Sequesters, gedacht zu haben, in denen die Möglichkeit einer Rechnungsabnahme in jedem Augenblick entschieden gewiss ist. Den Ausgangspunct, ohne dem eine Rechnungsablegung ganz undenkbar ist, bildet bei dem Sequester das seiner Verwaltung anvertraute Object, der in der zuletzt von ihm abgelegten Rechnung verbliebene Bestand. Dahingegen kann der curator bonorum, selbst wenn er etwas eingenommen hat, weiter nichts thun, als, darum befragt oder nicht befragt, die Grösse der Posten, die er eingenommen, und die Personen, von welchen sie berichtigt worden, angeben und den Betrag abliefern; das aber nennt man keine Rechnungsablegung. Nicht einmal einer Additionsrechnung bedarf es zu der eben bemerkten Leistung. Denn dem Richter kann der Gütervertreter es überlassen, zu calculiren, wie viel nach richtiger Zusammenrechnung die angegebenen einzelnen Posten betragen. Demnach kann es mit Schwierigkeiten verbunden sein, in dem Sinne des mitgetheilten Präjudizes zu verfahren. Wollte ein Richter dasselbe in allgemeinerem, namentlich in dem Sinne verstehen: von halben zu halben Jahren habe er besondere, näher prüfende Notiz von des curator bonorum Geschäftsführung zu nehmen, alsdann möchte nicht leicht zu bestimmen sein, inwiefern für des letztern Rechtschaffenheit und Treue oder gegen dieselbe der Richter die Präsumtion müsse walten lassen.

Beilage A.

Schon nach gemeinem deutschen Rechte ist das ganze Schuldenwesen der Leitung und Aufsicht des Concursgerichtes

unterworfen, und namentlich ist dies auch in Absicht auf die Geschäftsführung und Verwaltung des Gütervertreters der Fall.

Dabelow, ausführliche Entwickelung der Lehre von dem Concurse der Gläubiger.

Gensler, allgemeine theoretisch praktische Bemerkungen über das Wesen des deutschen gemeinen Concursprocesses, im Archive für die Praxis. Bd. 2. No. XXXIV.

Vermöge der Aufsicht, welche über das gesammte Schuldenwesen und insbesondere über den Gütervertreter zu führen ist, ist das Gericht berechtigt und verpflichtet, von dem Gütervertreter die Einzahlung der erhobenen Gelder zum gerichtlichen Depositum und von Zeit zu Zeit Rechnungsablegung zu fordern; welches letztere nach der auf die Analogie der Reichspolizei-Ordnung von 1577. Tit. 32. §. 4.*) gestützten gewöhnlichen Meinung alljährlich geschehen soll;

Clapproth, summarischer Process, §. 323.

Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, §. 440.

Das sächs. Recht aber enthält noch bestimmtere Grundsätze über das Verhältniss zwischen dem Concursgerichte auf der einen, und dem Gütervertreter auf der andern Seite.

Da nach sächsischem Rechte der Gütervertreter von dem Richter erwählt wird,

Erl. Pr. Ordn. ad tit. XLI. §. 1.

und den Gläubigern lediglich das Recht zusteht, eine ihnen geeignet erscheinende Person dazu vorzuschlagen,

Banqueroutier-Mandat von 1766. §. 22.

so liesse sich fragen, ob nicht das Concursgericht schon deshalb in jedem Falle, wenn es auch einer culpa sich nicht schuldig gemacht hätte, die Handlungen oder Unterlassungen des von ihm erwählten Gütervertreters zu vertreten habe.

*) Nachdem hier „von der Pupillen und minderjährigen Kindern Tutorn, und Vormündern“ gesprochen worden, folgt Nachfolgendes: „Und dieweil mit der Kirchen Renthen, Gefällen und Gütern, zu Zeiten auch gefährlicher und betrüglicher Weise, durch die Pfleger gehandelt würd: So wollen wir den Oberkeiten, denen solches gebürt, hiemit befohlen haben, dass sie gleicher gestalt auch Einsehens thun, dass die Kirchenpfleger und Fürsteher, mit Eyden und Gelübden beladen werden, der Kirchen getreulich für zu seyn, und jährliche Rechnung zu thun, wie obstehet.“

Indessen auch abgesehen hiervon, enthalten die §§. 5. und 23. des gedachten Banqueroutier-Mandates über die Verbindlichkeit des Concursgerichtes zu Beaufsichtigung des Gütervertreters klare Bestimmungen. Es heisst nämlich im 5. §.:

> Ueber solche Administration der Masse (der Curatores massae et bonorum) hat jeden Ortes Obrigkeit, ohne deren Vorwissen von obengenannten Curatoribus nichts Hauptsächliches zu unternehmen ist, gebührende fleissige Obsicht zu führen, die eingehenden Gelder nach einer mit nur besagten Curatoribus diesfalls zu treffenden Einrichtung ad depositum zu bringen, von letzteren über den Zustand der Handlung und Masse zum öfteren vollständige Anzeige zu fordern und solche jedesmal ad acta zu bringen;

und im §. 23.

> so soll auch der Richter mit dem Sequester, Pachter oder anderen administratoribus von halben zu halben Jahren richtige Abrechnung pflegen, keine Reste gestatten, die Einnahme genau untersuchen, in Ausgabe nichts, als was durch richtige Belege bescheinigt, passiren lassen, des Sequesters und deren Administratoren Verpflichtung hierauf allezeit mit richten und die Rechnung jedesmal gebührend justificirt zu den Acten bringen, widrigenfalles dem Creditwesen wegen des daraus entstehenden Nachtheiles in proprio haften, wogegen ihm sich an obbenannte Personen wiederum zu erholen, unbenommen bleibt.

Gegen die Anwendbarkeit dieser gesetzlichen Bestimmungen auf die Concurse im Allgemeinen ist von den Beklagten fol. der Einwand gemacht worden, dass solche lediglich auf die zu dem Vermögen der Kauf- und Handelsleute ausgebrochenen Concurse Bezug haben. Dieser Einwand scheint in dem §. 22. des öfters gedachten Banqueroutier-Mandates einige Begründung zu finden, indem darin verordnet wird, dass, obschon die Vorschriften von §. 3. an eigentlich nur die Kauf- und Handelsleute, ingleichen die, so sonst Handlung treiben, angehen, dennoch auch wider alle andre Personen auf die in diesem Mandate §§. 6—13. vorgeschriebene Maasse, nach Beschaffenheit der Sache und Bewandniss der

Umstände verfahren werden solle. Allein, abgesehen davon, dass die im §. 5. enthaltene Vorschrift schon in den allgemeinen Grundsätzen über die dem Richter in den Concurssachen obliegende Thätigkeit ihren Grund hat, und daher für eine neue Bestimmung gar nicht zu halten ist, so lässt sich die aus dem §. 23. entnommene, oben ausgehobene, weit wichtigere Bestimmung auf die Kauf- und Handelsleute an sich nicht beschränken, indem die Bestimmungen des Banqueroutier-Mandates §. 22. allgemeinerer Natur sind und daher auf allgemeine Geltung Anspruch machen können.

Der fernere Zweifel Beklagter fol., dass der Curator bonorum zu den Administratoren nicht zu zählen sei, von welchen das Banqueroutier-Mandat handle, findet in diesem Gesetz selbst seine Widerlegung.

Dass das Gericht die gesetzlich vorgeschriebene Aufsichtführung über den in dem Creditwesen des N. N. bestellten vormaligen Gütervertreter, Adv. X. unterlassen habe, legt sich aus den über dieses Creditwesen ergangenen Acten zu Tage. Dasselbe hatte nämlich den gedachten Gütervertreter nach fol. bereits im Jahre 1834 autorisirt:

1) die einvierteljährigen Abschlagszahlungen, welche aus dem Z.schen Schuldenwesen an das Creditwesen des N. N. zu zahlen waren, zu erheben und darüber rechtsgültig zu quittiren,
2) eine dem Creditwesen an Y. zustehende Forderung im summarischen Processwege einzuziehen.

Dass die zu 1. gedachten terminlichen Abschlagszahlungen wirklich geleistet wurden und die Bezahlung der Forderung ad 2. von dem Schuldner versprochen worden war, davon erlangte das Gericht in Zeiten Kenntniss. Nichts destoweniger unterliess dasselbe bis zum Jahre 1839, mithin während eines fünfjährigen Zeitraumes, von dem N. N.schen Gütervertreter, Adv. X., die Einzahlung der erhobenen Gelder zum gerichtlichen Depositnm, oder wenigstens Rechnungsablegung zu fordern.

Da der im Jahre 1839 ausgetretene Adv. X. die für das N. N.sche Creditwesen erhobenen Gelder unterschlagen hat, so hat dieses Creditwesen, vorausgesetzt, das die übrigen in der Klage angeführten Thatsachen annoch durch das relatum

des Klägers in Gewissheit gesetzt werden, allerdings einen Nachtheil erlitten, welchen es nicht erlitten haben würde, wenn das Gericht den Adv. X. entweder zu Einhebung der Gelder gar nicht autorisirt, oder wenigstens, zufolge seiner Obliegenheit, die Einzahlung der Gelder ad depositum und in angemessenen Zwischenräumen Rechnungsablegung verlangt hätte.

Insoweit es sich nicht um einen ertheilten Rechtsspruch handelt, in welchem Falle eine Vertretungsverbindlichkeit des Richters nur im Falle eines dolus denkbar ist (Weber, Erört. der Grundsätze von der actio contra judicem, qui litem suam facit, in der Zeitschrift für Civilrecht und Process, Bd. 7. pag. 1. ff., Bager, Vorträge über den gemeinen deutschen ordentlichen Civilprocess ad VI. pag. 172. ff.), ist eine zu Ersatzleistung verpflichtende Verschuldung des Gerichtes überall da anzunehmen, wo etwas versäumt worden ist, worüber zu wachen war, also wenn eine Form vernachlässigt, und dadurch eine Ungültigkeit veranlasst worden ist, wenn eine Handlung, zu welcher das Gericht verpflichtet war, entweder gar nicht, oder ungeeignet vorgenommen worden ist, wenn etwas bezeugt worden ist, was das Gericht nicht wusste, oder wovon es das Gegentheil wusste.

Mit Rücksicht auf specielle Fälle stimmen mit der aufgestellten Regel überein,

Struben, rechtliche Bedenken, Bd. V. 5. und 123.

v. Bülow und Hagemann, praktische Erörterungen III. 41. pag. 235. ff.

Glück, Erläuterung der Pandecten Bd. 18. §. 1081. pag. 296. ff.

Pfeiffer, praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, Bd. 2. XII. pag. 365. ff.

Eine solche Verschuldung, und zwar eine gar nicht leichte, fällt dem Gerichte, den bisherigen Erörterungen zufolge, unstreitig zur Last, und ist daher der dadurch verursachte Schaden zu vergüten.

Beilage B.

Obschon die dem Urthel zweiter Instanz desfalls beigegebenen Rationen einer weitern Unterstützung nicht bedürfen, ist dennoch über die hier einschlagende Rechtsfrage Folgendes zu erwähnen.

Unter des Richters bei Bestellung des curator bonorum aufhabende Pflichten gehört unstreitig auch die, dass er hierzu einen solchen Sachwalter erwähle, von dem er sich überzeugt halten darf, es werde selbiger des Creditwesens Bestes auf alle Art und Weise besorgen und die aussenstehenden Schulden eincassiren. In dieser Verpflichtung muss aber auch der Richter die Aufforderung erblicken, in dem Falle, wo ihm späterhin Zweifel darüber aufsteigen mussten, ob der curator bonorum den gedachten Erwartungen entspreche, zu Sicherstellung des Interesses des Creditwesens die geeigneten Maassregeln zu ergreifen und dem Stande des Creditwesens eine Aufmerksamkeit zu widmen, welche, wenn das Verfahren des curator bonorum Anlass zu Bedenken geben könnte, geeignet wäre, dies erkennbar zu machen. Nun lässt sich aber nicht bezweifeln, dass, wenn die Concursbehörde beachtet hätte, was nach des Adv. X. Anzeigen hinsichtlich der libellirten Posten in den Acten vorlag und was derselbe im Verlaufe der Zeit eingeliefert oder vielmehr nicht eingeliefert hatte, ohne darüber eine erläuternde Aufklärung zu bewirken, Argwohn gegen dessen Verwaltung hätte entstehen und dadurch die Möglichkeit erreicht werden müssen, Maassregeln zu Sicherstellung des Creditwesens zu ergreifen. Wollte man zu des Beklagten Vertheidigung anführen, dass keine gesetzliche Vorschrift dem Concursrichter auferlege, von Zeit zu Zeit Rechnungsablegung von dem curator bonorum zu verlangen, und am wenigstens gewisse Zeitabschnitte sich vorgeschrieben fänden., von deren jedesmaligem letzten bis zu dem nächstvorhergegangenen des curatoris bonorum Verhalten zu controliren sei, so würde dagegen auf §. 23. des geschärften Banqueroutier-Mandates vom 20. December 1766 zu

verweisen sein, wo dem Concursrichter auferlegt ist, mit den Sequestern, Pächtern und andern Administratoren von halben zu halben Jahren richtige Rechnung zu pflegen, immaassen nicht abzusehen, inwiefern und warum der curator bonorum, wenn er durch Einziehung von Geldern Theil an der Administration nimmt, nicht auch, gleich einem andern Administrator, sollte und müsste zu controliren sein.

III.

Kann die Negatorienklage gegen den Pachter des angeblich dienstberechtigten Grundstückes erhoben werden?

§. 1.

Der zu Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage veranlassende Fall.

Von einer städtischen Commun hatte Titius einen derselben gehörigen Teich erpachtet, dessen Wasserstand vermittelst eines durch des Cajus angrenzende Wiese laufenden und von dieser in den Teich einfliessenden Baches erhalten wurde. Als in einem der Pachtjahre Titius den Grund und Boden des Teiches als Feld zu nutzen beschloss, so zog er, weil nunmehr der Teich musste trocken liegen bleiben, durch des Cajus Wiese einen Graben, der dem Laufe des Baches eine abgeänderte Richtung gab. Da nun deshalb Cajus gegen den Titius Negatorienklage erhob, so behauptete dieser, unstatthaft sei gegen ihn, als den Pachter, die Klage, und zugleich denuncirte er der Commun, seiner Verpachterin, litem. Diese trat als **Mitbeklagte** in den Process ein. In dritter Instanz wurde die Klage für unstatthaft in der angebrachten Maasse erachtet, und dies zwar aus Gründen, die nicht veranlassten mit specieller Genauigkeit auf die Frage einzugehen, ob und inwiefern gegen den Pachter eines angeblich dienstberechtigten Grundstückes die Negatorienklage könne erhoben werden. Indess, um einem nochmaligen ergebnisslosen Processe, soweit thunlich, vor-

zubeugen, fand man sich bewogen und wurde beschlossen, in die dem Urthel beigegebenen Entscheidungsgründe wörtlich Folgendes einzurücken: „Für den Fall, dass Kläger anderweite Klage erheben sollte, ist derselbe aufmerksam darauf zu machen, dass nicht gegen einen Pachter sich die *actio negatoria* anstellen lässt, dies der Natur der Sache nach, da zwischen dem Eigenthümer des klägerischen Grundstücks und dem Pachter des angeblich dienstberechtigten, nicht die Frage über die Servitut zur Entscheidung kommen kann, und somit gegen den Pachter nur ein Schädenanspruch übrig bleibt.“

§. 2.

Bemerkungen zu dem vorstehend zu lesenden Ausspruch.

Die aufgeworfene Frage sofort affirmativ oder negativ zu beantworten, das ist nicht meine Absicht; nur vorläufig will ich hier so viel sagen, als nöthig ist, um davon zu überzeugen, dass man mit jenem: der Natur der Sache nach etc. und den gleichsam als Deduction beigefügten Worten, die Frage schwerlich für theoretisch genugsam erschöpft würde angesehen haben, wenn nur hierauf in einem bereits zur Entscheidung vorliegenden Processe der Grund zur Abweisung der Klage hätte gesetzt werden sollen. Darüber Folgendes: erstlich und vor allen Dingen ist es nöthig zu bestimmen, was man denn nun eigentlich zu sagen beabsichtigt, wenn man sagt: dies oder jenes läuft gegen die Natur der Sache. Mir scheint es, damit solle gesagt sein:

einverstanden sind wir über die Beschaffenheit eines Dinges, oder doch über gewisse Prädicate desselben, und zugleich überzeugt von der Richtigkeit und objectiven Wahrheit dieses Einverständnisses; ein Irrthum aber müsste diese ausgemachte Wahrheit sein, wenn von eben demselben Dinge sich zugleich auch noch ein anderes gewisses Dieses oder Jenes prädi-

ciren liesse; an dies weitere Prädicat glauben wir also nicht und haben hinreichenden Grund, dasselbe für irrig zu halten, weil, wenn es ein richtiges wäre, ein anderes unbestreitbar richtiges Prädicat des Dinges zugleich auch ein falsches sein müsste.

Hieraus folgt denn, dass, wer die Behauptung durchführen will: der Natur der Sache nach lasse die Negatorienklage nicht gegen den Pachter sich anstellen, gefasst sein muss, wenigstens ein unbestrittenes Prädicat des Pachters oder der Negatorienklage nachzuweisen, das derjenige aufgeben oder verleugnen müsste, der gegen den Pachter die Negatorienklage zulassen wollte. Ein solches unbestrittenes oder doch als ein unbestrittenes angenommenes Prädicat tritt uns in den Worten am Schlusse von §. 1. nicht eben scharf und deutlich entgegen. Indess, erwäge ich, dass der Ausspruch, der Natur der Sache nach ist dies oder das nicht der Fall, keinen andern als den eben angegebenen Sinn haben kann, und dass in jener Stelle der Grund der angenommenen Naturwidrigkeit darein gesetzt wird, dass zwischen dem Eigenthümer des klägerischen Grundstückes und dem Pachter des angeblich dienstberechtigten nicht die Frage über die Servitut zur Entscheidung kommen kann, so ist man unverkennbar der Ueberzeugung gewesen, zu prädiciren sei die Negatorienklage als diejenige, welche bestimmt sei, die Frage über die Servitut zur Entscheidung zu bringen, die auf Seiten Beklagtens einem Grundstücke in activem Sinne inhäriren oder nicht inhäriren kann. Allein

1) dagegen, dass man die Negatorienklage prädicirt hat, als eine solche, welche bestimmt sei, die Frage über die Servitut zur Entscheidung zu bringen, bemerke ich: dass nicht nur noch zur Zeit kein mir bekannt gewordenes Lehrbuch eine Definition der Negatorienklage giebt, welche ihr diese Bestimmung beilegte, sondern ich auch die Bestimmung eines Dinges unmöglich in etwas setzen kann, was das Ding blos unter dem Hinzutritt besonderer Umstände, also blos zufälligerweise leistet. In allen Fällen, in denen ein X. eine Negatorienklage gegen einen Y. erhebt, ist es möglich, dass die Ausflucht eines erwor-

benen entgegenstehenden Rechtes vorgeschützt wird, im Voraus gewiss ist es aber nicht. In welche Verwirrung und Widersprüche geräth man, sobald man in der Negatorienklage nur ein provocatorisches Rechtsmittel anerkennt, wodurch die Confessorienklage in exceptivischer Form soll hervorgelockt werden! Alsdann müsste der Richter, der ja doch völlig unbezweifelt verbunden ist, jede Klage zu verwerfen, bei der nicht alle Voraussetzungen zusammentreffen, welche, die Wahrheit in dem factischen Inhalte des Anbringens vorausgesetzt, ihr den ihrer Bestimmung entsprechenden Erfolg garantiren, die Negatorienklage abweisen, wenn keine exceptio servitutis erfolgte, auf die Exceptionen des Beklagten hätte er also zu warten, um zu wissen, ob die Klage könne aufrecht erhalten werden oder nicht.

2) Die Negatorienklage gegen den Pachter anzustellen, das lief jedenfalls nicht bei den Römern gegen die Natur der Sache. M. s. l. 8. §. 5. si servitus vindicetur (8. 5.)*). Aristo Cerellio war der Meinung: des Inhabers eines Rauchhauses, aus dem der Rauch in die höher liegenden Gebäude stiege, Obliegenheit sei es, Vorkehrungen dagegen zu treffen, insofern nicht der Besitzer dieser Gebäude servitutenmässig möchte gehalten sein, sich die Beschwer gefallen zu lassen; und dem gemäs behauptet Aristo weiter, dass derjenige, wel-

*) Aristo Cerellio Vitali respondit, non putare se, *ex taberna casearia fumum in superiora aedificia jure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit.* Idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet; in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem, sicut aquae, esse immissionem; posse igitur superiorem cum inferiore agere, jus illi non esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait, posse ita agi, jus illi non esse in suo lapidum caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant; dicit igitur Aristo, *eum, qui tabernam caseariam a Minturnensibus conduxit, a superiori prohiberi posse fumum immittere*, sed Minturnenses ei ex conducto teneri; *agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, jus ei non esse fumum immittere;* ergo per contrarium agi poterit, jus esse fumum immittere, quod et ipsum videtur Aristo probare. Sed et interdictum Uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti.

cher von der Commum zu Minturnae ein Rauchhaus gepachtet hatte, von dem Eigenthümer des höher liegenden Gebäudes könne angehalten werden, keinen Rauch in dieses kommen zu lassen, dass es Sache des Rauchhauspachters sei, desfalls die Minturnenser ex conducto in Anspruch zu nehmen, weil gegen den Raucheinlassenden (Rauchhauspachter) mittels der Formel könne geklagt werden: *jus ei non esse fumum immittere*, was bekanntlich die Formel der Negatorienklage ist. Auch beachte man, wie in dieser Stelle gar nicht als das in dem Responsum eigentlich Bemerkenswerthe der Umstand hervorgehoben wird, dass Aristo die Klage für statthaft gegen einen Pachter gehalten hatte, vielmehr die Bedeutung des Responsum darin liegt, dass die Negatorienklage wegen eines fumumimmittere eben so wie gegen ein aquamimmittere brauchbar, wie dieses, so auch jenes unverwehrt nur im Falle einer dazu berechtigenden Servitut sei. Nicht das mindeste einer Sachnatur Entgegenlaufende haben also die Römer darin gefunden, wenn ein Pachter negatorie belangt ward*)

3) Wenn bei uns eine römische Klage in viridi observantia ist, so scheint, was bei den Römern nicht gegen die Natur derselben lief, auch bei uns wenigstens so lange für nichts derselben Entgegenlaufendes zu erachten zu sein, als nicht nachgewiesen ist, warum es bei uns anders als bei den Römern müsse gehalten werden. Dass Kind (quaest for. T. III. ed. IIda. cp. IX. pag. 37. sqq.) die Frage: conductor praedii num absque mandato locatoris servitutes vindicare aliaque jura fundo locato inhaerentia in judicio persequi queat? mit Nein beantwortet, daraus würde — die Richtigkeit der negativen Antwort, mit der ich zunächst nichts zu schaffen habe, vor der Hand angenommen — weder des Cicero noch des Aristoteles Topik ein Argument dafür entnommen haben, dass der Eigen-

*) Uebrigens bemerke man, denn es wird davon noch anderweiter Gebrauch gemacht werden, dass hinsichtlich des fumumimmittere die conträre Confessorienklage zugesprochen wird, ohne dass es dem Ulpian einfällt, danach zu fragen, ob sie von dem Pachter oder von dem Eigenthümer angestellt werde.

thümer nicht gegen den Pachter des angrenzenden Grundstückes negatorie klagen könne. Denn welcher logische Widerstreit wäre in folgenden zwei Sätzen und ihren Gründen wahrzunehmen:

Erstlich: wer von einer gewissen Sache nicht deren Eigenthümer ist, der kann auch keine Klage in Beziehung auf ein derselben inhärirendes Recht anstellen.

Zweitens: der Eigenthümer muss berechtigt sein, eben um deswillen weil er Eigenthümer ist, sein Recht gegen Jeden dasselbe störende zu schützen, dies um deswillen, weil keineswegs dem Eigenthümer zuzumuthen ist, neben der Störung in dem Eigenthum, als dem Fundamente der Klage, noch ausserdem diese oder jene persönliche Stellung des Störenden, namentlich diese, dass derselbe Eigenthümer eines andern Grundstückes sei, als besonderen ad causam passivam legitimirenden Umstand beizubringen.

Eben so wenig hat es, um damit in vorliegender Beziehung eine Naturwidrigkeit zu demonstriren, damit auf sich, dass im Jahre 1837 das Ob.-App.-Ger. sich in den Entscheidungsgründen eines Urthels dahin ausgesprochen hat, der Pächter könne Niemanden durch eine Provocationsklage nöthigen gegen ihn die Negatorienklage anzustellen. Denn daraus, dass mich Jemand nicht zwingen kann, ihn zu verklagen, folgt nicht, dass ich, wenn ich es will, ihn nicht verklagen darf*).

*) In Hinsicht auf das im Texte bemerkte Präjudiz genügt es nachstehend die Entscheidungsgründe mitzutheilen, aus denen zur Gnüge das Factische des entschiedenen Falles hervorgeht.

„Dass ein Pachter, welcher an der verpachteten Sache kein dingliches Recht hat, sondern blos als ein nudus detentor erscheint, die zum Schutze des Eigenthums eingeführten Klagen nicht anstellen könne, wenn er nicht von dem Eigenthümer dazu besondern Auftrag erhalten hat, ist in Kind quaest. Tom. III. cap. 9. p. 37. mit Beziehung auf eine Entscheidung des vormaligen Appellationsgerichts nachgewiesen und den daselbst angegebenen Gründen auch gegenwärtig beizutreten gewesen. Dasjenige, was von Provocanten in seiner Appellation und deren Deduction in Beziehung auf den vorliegenden Provocationsprocess vorgebracht worden ist, hat sich nicht als geeignet dargestellt, eine Abweichung von jenem Grundsatze herbeizuführen, indem sich nicht annehmen lässt, dass der Pachter, der zu seinem Verpachter

4) Der über jeden Zweifel erhobenen Wahrheit, dass der Eigenthümer eines Grundstückes auch dem Pachter eines andern anliegenden keine Eingriffe in des ersteren natürliche Freiheit nachzusehen brauche, hat man gemeint durch den Ausspruch beseitigt zu haben, dass gegen den Pachter der Eigenthümer eine Schädenklage anstellen könne. Indess auch in Beziehung hierauf, ist Mehreres zu erinnern.

Erstlich ist es, besonders im heutigen, in dieser Hinsicht weit von dem römischen verschiedenen Rechtszustande, überaus gleichgültig, wie man eine Klage benennt. Das Wesentliche sind die factischen Grundlagen derselben. Nun frage ich aber, ob der Schädenklage sich andere factische Momente werden substruiren lassen als der Negatorienklage? Wird nicht, damit erstere schlüssig werde, ihr genau das Nämliche zu substruiren sein, was

nur in einem obligatorischen Verhältniss steht, von solchen Rechtsmitteln Gebrauch machen könne, die, wie hier, ein jus in re aliena zum Gegenstande haben, so wie auch die mit Hinweisung auf Leyser und Hommel geschehene Berufung auf einen diesfallsigen allgemeinen Gerichtsbrauch nach dem von Kind d. l. angeführten Präjudize sich keineswegs rechtfertigt.

Es fragt sich daher weiter, ob Kläger zur Anstellung der gegenwärtigen Klage durch die ausgehobene Stelle des Pachtcontractes als legitimirt anzusehen sei. Dies ist jedoch nicht der Fall. Denn es ist darin dem Pachter noch nicht der Auftrag zur Erhebung von dergleichen Klagen ertheilt, sondern es hat sich derselbe nur verbindlich gemacht, die gutsherrlichen Rechte und Gerechtsame allenthalben zu wahren, und keinerlei Rechtsanmaassung der Unterthanen zu dulden oder aufkommen zu lassen. Dieser Verpflichtung würde er aber schon dadurch nachgekommen sein, wenn er seinem Verpachter die ihm bekannt gewordenen Beeinträchtigungen der gutsherrlichen Gerechtsame zur Abhülfe angezeigt hätte, wie ihm denn auch solchenfalls bei erlittenem Schaden durch die fernere Ausübung der Servitut freigestanden haben würde, mit der Contractesklage gegen selbigen hervorzutreten.

Was übrigens die Behauptung Klägers betrifft, dass Provocat ihn als seinen Gegner bereits dadurch anerkannt habe, dass er nicht excipirt, der Pachtcontract reiche nicht zur Anstellung der Provocationsklage aus, so ist dagegen zu bemerken, dass in dergleichen Fällen auf die Legitimation zu jeder Zeit von Amtswegen Rücksicht zu nehmen ist, weil ausserdem und bei ermangelnder Genehmigung der Verhandlungen des Pächters von Seiten des Eigenthümers der ganze Process vergeblich und zwecklos sein würde."

das Fundament der Negatorienklage bildet? Eigenthum an einem Grundstücke und im Interesse eines andern angränzenden Grundstückes vorgenommene Eingriffe in des ersteren (bis auf weiteres sich von selbst verstehende) natürliche Freiheit?

Zweitens erscheint gar vieles als Eigenthumsstörung, das sich gar nicht auf einen zu quantificirenden Schaden reduciren lässt, und eine Schädenklage ohne quantificirte Schäden ist ein Unding*). Soll in solchen Fällen der Eigenthümer gar keine Klage gegen den Pachter haben?

§. 3.

Die Gründe für Bejahung der aufgeworfenen Frage.

Obschon ich entschlossen war zunächst mich darauf zu beschränken, den am Schlusse von §. 1. mitgetheilten Ausspruch nur in Beziehung auf die Deutlichkeit und die überzeugende Kraft dessen zu prüfen, was in ihm selbst zu seiner Rechtfertigung gesagt ist, möchte ich dennoch beinahe glauben, schon jetzt hätte ich das Recht zu verlangen, dass man die Behauptung, es sei die aufgeworfene Frage **bejahend** zu beantworten, für vollständig bewiesen gelten lasse. Darauf, dass bereits eine Pandectenstelle ist nachgewiesen worden, welche in unzweideutigsten Worten die nämliche Ansicht ausspricht, dar-

*) Mir und Coetaneen von mir lebt noch im Gedächtnisse folgendes Schauspiel, das sich vor Jahren zu Drangsal und Gelächter der Betheiligten in jeder Leipziger Michaelismesse ein und das anderemal zu wiederholen pflegte. Der grosse freie Mittelraum eines Gesellschaftsgartens war an Messsonntagen ganz ausgefüllt mit Tischen und daran sitzenden Gästen. Der Garten lag zwischen einem andern Gartengrundstück und einer zu letzterem gehörigen Wiese. Die meisten Sonntage wurde von dieser Wiese über jenen Raum jure servitutis viae ein und das andere gewaltige Fuder Grummet eingefahren. Dem Eigenthümer des dienstbaren Grundstückes war das Ereigniss jederzeit zu höchstem Verdruss. Erlitt er aber wohl einen Schaden, und hätte, that dies ein Pachter in Folge blos prätendirter Servitut, er Schäden gegen denselben liquidiren können?

auf lege in der vorliegenden Beziehung ich weniger Gewicht als darauf*), dass für statthaft gegen den Pachter eine Schädenklage angesehen wird, die zum Klagfundamente obgezeigtermaassen das Nämliche machen muss, was den Grund der Negatorienklage bildet. Unter diesen Umständen scheint die Differenz zwischen dem Schlusse von §. 1. und dem meiner Meinung nach schon in §. 2. ausgeführten Rechtssatze sich auf die Frage zu reduciren: ob die Negatorien- oder Schädenklage — denn wer stritte gern um blosse Worte — gegen den Pachter abzuweisen sein wird, nach den Grundsätzen von reinen Schädenklagen, wenn der Kläger keinen Schaden quantificirt, auch dergleichen zu quantificiren sich ausser Stand gesehen hat, und also die Abweisung in der angebrachten Maasse und die Unmöglichkeit den angenommenen Fehler zu verbessern, ihn um das Recht zu klagen bringen würde? Unbedeutend scheint mir dieser Streit, weil ich hoffe, käme in einem concreten Falle derselbe zur Entscheidung, alsdann würde diejenige Gewalt, welche überhaupt das Concrete auszuüben pflegt, verhindern, dass man, die Klage abweisend, sich eben dadurch factisch zu dem Satze bekenne: wie unangenehm auch dem Eigenthümer eines Grundstückes es sei, was in Beziehung auf dasselbe der Pachter eines anliegenden anderen Grundstückes unternimmt, ersterer muss es leiden, wenn er dadurch in keinem nach Gelde quantificirten Interesse beeinträchtigt wird.

Jedenfalls wird der, wie mich dünkt, schon in §. 2. vollbrachte Beweis nicht geschwächt durch folgenden Zusatz werden.

Man pflegt zu sagen: den Klagepunkt bilde bei der negatoria das dominium und die natürliche Freiheit. Das

*) Nicht nur ist es ein Erfahrungssatz, dass sich sehr täuscht, wer in der Praxis seiner von einer Pandectenstelle gerechtfertigten Meinung ein günstiges Gehör verspricht, wenn er nicht zugleich darthut, in gleichem Sinne sei dieselbe bereits von einer civilrechtlichen Autorität angewendet worden, sondern es findet auch in dem Verhältniss der Praxis zu den Quellen, die nun einmal des festen Glaubens an ihre Gesetzqualität ungeachtet, dennoch nicht als solche sich gebrauchen lassen, jene Erfahrung eine Rechtfertigung, über die Bd. 4. meine ausführlich dargelegten Ansichten enthält.

ist wenigstens insofern unrichtig als geleugneter Klagegrund und Beweisthema zusammenfallen, nie aber die natürliche Freiheit, indem sich ja ohnehin das Natürliche von selbst versteht, Gegenstand des Beweises ist. Im röm. Rechte wird die Eigenthumsklage, insofern das Eigenthum bestritten war, als präparatorisches Rechtsmittel der durch die Formel *jus illi non esse* sich kund gebenden Negatorienklage angesehen. Diese Formel aber erscheint nicht als Klaggrund, sondern als Bezeichnung dessen, worauf in Folge des Eigenthums die Condemnation zu richten sei*). Hier nun ist mir sehr bedeutend, dass die gar häufig in den Pandecten vorkommende Formel hinsichtlich des jus *illi* oder *ei* non esse, sich**) überall gleichmässig wiederholt, nie dafür illius fundo, illius aedibus jus non esse gesetzt ist. Denn erwäge ich die unendliche Acribie, mit welcher bei den Römern das Formelwesen und alles damit im Zusammenhange Stehende abgewogen war, so finde ich in jenem jus *illi* non esse einen anderweiten, auf das Formelwesen, die Seele des röm. Rechts, sich stützenden Beweis dafür, dass den Römern es nie eingefallen ist, die Negatorienklage für statthaft blos da zu achten, wo das Verhältniss von der Art war, dass die Möglichkeit obwaltete, der in negativer Form ausgesprochenen Folgerung aus dem Eigenthume des Klägers, könne mit der in positiver Form entgegenstehenden Folgerung***) aus dem Eigenthume des Beklagten denkbarer und möglicherweise begegnet werden. Die Wichtigkeit, die ich hier auf einen, dem Anscheine nach minutiösen Gegenstand lege, erhöht in meinen Augen sich dadurch, dass in l. 6. §. 5. cit., wo die negatoria gegen den Rauchhauspachter sich richtete, zur Be-

*) Der Form nach sehr unrömischer, in materieller Hinsicht aber wohl sehr treffender Weise, liesse sich das Verhältniss so aussprechen: ich, der ich (was entweder liquid oder zu beweisen ist) Eigenthümer bin, bin um deswillen auch berechtigt zu verlangen, dass man gegen Beklagten ausspreche, er habe kein Recht.

**) M. s. l. 8. §. 5. cit. si serv. vindic. l. 12. 13. 14. l. 17. §. 1. ibid.

***) „Ich bin Eigenthümer des angrenzenden fundus, und darum zu Ausübung des diesem inhärirenden Rechtes legitimirt."

zeichnung der conträren, der Confessorienklage, die Worte: *jus esse* fumum immittere, und also Worte gebraucht werden, die ausser aller Bezugnahme auf eine bei der Existenz und Ausübung des Rechtes betheiligten Person stehen.

Verweile ich nun noch länger bei der in Frage gestellten Materie, so geschieht es nur, weil mir dadurch Veranlassung gegeben wird, über hier einschlagende Stellen des röm. Rechts einige vielleicht nicht unerhebliche Bemerkungen zu machen.

Man bemerke zunächst, wie dasjenige, was man anführt um der Negatorienklage Unstatthaftigkeit gegen den Pachter juristisch zu rechtfertigen, Folge von der thatsächlich in den heutigen Rechtszustand eingedrungenen Maxime zu sein scheint, gewisse Verhältnisse so zu sagen unter Curatel der Rechtspflege zu stellen, ja im Allgemeinen der Parteien Interesse in gewissen Beziehungen zu bevormunden. Welches Unheil diese aller Orten mehr oder weniger in Gewohnheit übergegangene, auch in der Gesetzgebung sich kund gebende, hier vielleicht selbst bei dem besten Willen gar nicht mehr gänzlich abweisbare Maxime angerichtet hat, glaube ich vielseitig nachgewiesen zu haben. Mehr als man es eingestehen will, als man es selbst erkennt, dem Einflusse derselben unterliegend, lässt man die Betrachtung walten: dass in der Regel kein Beklagter, sollte er auch Unrecht haben, geneigt ist, selbst davon überzeugt zu sein, weniger noch es einzugestehen, und dass, wie die Erfahrung lehrt, sobald es einmal zur Negatorienklage gekommen ist, man darauf wetten möchte, wenn keine andre Ausflucht sollte vorgebracht werden, so werde man doch mit einer exceptio praescriptionis oder als letztem und allgemeinstem Nothanker mit einer exceptio servitutis necessariae zu thun bekommen*).

*) Negatorien- und Confessorienklage, namentlich solche, deren Gegenstand auf Wegestreitigkeiten hinausläuft, sind diejenigen Rechtssachen, welche dem sächsischen Urthelsverfasser überaus häufig vorkommen. Obschon mir nur eine einzige beifällt, wo eine servitus *necessaria* anerkannt wurde, wüsste ich doch in dem Augenblicke keine einzige namhaft zu machen, wo nicht die exceptio servitutis necessariae wäre vorgeschützt worden.

Zu jener auf Erfahrung beruhenden Annahme, vorauszusetzender Weise werde die Negatorienklage dahin führen, dass in Gestalt eines exceptivischen Vorbringens die conträre Confessorienklage zur Ausführung komme, tritt die Ueberzeugung, an sich stelle eine rechtskräftige Entscheidung nur jus inter partes her, und nur dann werde die Servitut eines angeblich dienstberechtigten Grundstückes für abgesprochen dem Eigenthümer durch desfalls gegen einen Dritten eingetretene Rechtskraft angesehen, wenn*) der Dritte bereits als Vorgänger in dem Eigenthume sollte aus selbigem vergeblich confessorie geklagt haben; und darum will man den negatorie klagenden Eigenthümer, indem man demselben die Zuständigkeit abspricht, die Klage gegen den Pachter anzustellen, so zu sagen nöthigen, gleich vor die rechte Schmiede zu gehen, den Eigenthümer selbst in Anspruch zu nehmen, damit, wenn die Entscheidung günstig für ihn ausfällt, sie ihm mehr als blos persönliches Recht gegen den Pachter gewähre. Dagegen aber möchte ich meinen, blos um der beschränkten Widerhaltigkeit im Erfolge des Klagerechtes willen, dürfe man Niemanden, dessen Genügsamkeit keinen Anspruch auf grössre Widerhaltigkeit des Klagerechtes macht, um letzteres bringen. Das volenti non fit injuria in Anwendung zu setzen, ist um so unbedenklicher hier, wo den Kläger nichts hindert den Pachter und Verpachter zu beklagten Litisconsorten zu machen. Hierzu aber kommt noch

1) dass das röm. Recht ganz entschieden die Confessorienklage nicht auf die Fälle beschränkt, wo der jedesmalige Eigenthümer des Grundstückes die in Folge des Processes eingetretene Rechtskraft seinerseits anzuerkennen hat.

2) Dass diejenigen Gründe, aus welchen das röm. Recht die Confessorienklage nicht dem Pachter gestattet**),

*) L. 28. de except. r. judic. (44. 2.) Exceptio rei judicatae nocebit ei, qui in dominium successit ejus, qui judicio expertus est.

**) Ich will dies zugeben, obschon es kein einziges der von Kind am a. O. citirten Fragmente ausspricht, und obschon noch Niemand die Ausdehnung der actionum utilium d. h. derjenigen Klage

rein antiquirte und dabei von der Art sind, dass wir deutlich sehen, nur das Formelwesen behinderte sie, dieselbe dem Pachter in Gestalt einer actio utilis zu geben. M. s. übrigens die Anmerkung ** S. 92.

§. 4.

Beweis des am Schlusse von §. 3. aufgestellten ersten Satzes.

In Gestalt der vindicatio ususfractus stand auch dem Usufructuar die Confessorienklage zu. M. s. l. 1. pr. si ususfr. petatur (7. 6.). Si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus libro octavo apud Julianum Labeonis et Nervae sententiam probat existimantium, servitutem quidem eum vindicare non posse, verum usumfructum vindicaturum, ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire et agere, teneri ei, quasi non patiatur uti frui.

L. 5. §. 1. eod. Utrum autem adversus dominum duntaxat in rem actio usufructuario competat, an etiam adversus quemvis possessorem, quaeritur. Et Julianus libro septimo Digestorum scribit, hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere; nam etsi fundo fructuario servitus debeatur, fructuarius non servitutem, sed usumfructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum.

Ganz gewiss ist es aber auch, dass, wenn gegen den confessorie klagenden Usufructuar der Eigenthümer des angeblich dienstpflichtigen Grundstückes dessen natürliche Freiheit mit Erfolg vertheidigt und den Process gewonnen hatte, darum nicht dem später ebenso klagenden Eigenthümer des angeblich dienstberechtigten Grundstückes die exceptio rei judicatae entgegenstand. Denn was wird erfordert, wenn exceptio rei judicatae soll Platz ergreifen?

theoretisch festgestellt hat, welche einem dazu an sich nicht legitimirten, dennoch zu Sicherstellung ausserdem blossgestellter Rechte und Befugnisse gegeben werden. M. s. z. B. l. 16. de servit. (8. 1.) Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet. Ferner l. un. §. 5. de remissionibus (43. 25.). Ei quoque, qui pignori fundum acceperit, scribit Julianus, non esse iniquum detentionem servitutis dari.

Nach l. 12. 13. und 14. pr. de except. rei judicatae*) unter andern *eadem* causa petendi**), d. h. eine und dieselbe Klagformel. Bekanntlich aber ist die Formel der vom Eigenthümer erhobenen Negatorienklage die: jus est agendi, eundi u. s. w. eine vindicatio der speciellen in Frage stehenden Servitut, wogegen der Usufructuar die Confessorienklage nur implicite anstellte, indem er den ususfructus vindicirte. Dass hier verschiedene causae agendi vorliegen, das kann Niemand leugnen, und wer es leugnen wollte, dem würde l. 1. pr. si ususfr. petatur cit. den Mund verschliessen; denn nach dieser Stelle haben Ulpian, Marcellus, vielleicht auch Julian, eben so gewiss aber wie jene beiden Labeo und Nerva die Verschiedenheit der causa petendi in der von dem Usufructuar und in der von dem Eigenthümer angestellten Negatorienklage mit ausdrücklichen Worten anerkannt.

Wenn nun aber hinsichtlich der Confessorienklage das röm. Recht es für etwas Gleichgültiges ansieht, ob dieselbe von dem Eigenthümer oder von einem Andern angestellt wird, aus dessen Processführung keine res judicata gegen den Eigenthümer resultiren kann, so ist es auch gänzlich dem röm. Recht zuwider, die Negatorienklage gegen den Pachter für unstatthaft um deswillen anzusehen, weil nicht dadurch der Streit über die Servitut zu einer den Eigenthümer bindenden Entscheidung kann gebracht werden.

§. 5.

Beweis des am Schlusse von §. 3. aufgestellten zweiten Satzes.

Welcher wesentliche Unterschied findet zwischen dem Pachter und dem Usufructuar eines Grundstückes statt?

*) L. 12. Quum quaeritur, haec exceptio noceat, necne, inspiciendum est, an idem corpus sit.

L. 13. Quantitas eadem, idem jus.

L. 14. pr. et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum; quae nisi omnia concurrunt, alia res est.

**) L. 27. eod. Quum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum, de quo agitur, *causa proxima*

Kein einziger wesentlicher in Hinsicht auf dasjenige, was durch den Pacht und durch den Niesbrauch dem Vermögenscomplex des Pachters oder Nutzniessers zuwächst.

Jede Servitut kann um einen Preis erworben werden; also auch der ususfructus*).

Da der ususfructus auch in diem**) constituirt werden kann, so lässt die Höhe des Preises sich eben so proportionell der Dauer des Rechts machen, als dies bei dem Pachtvertrage der Fall ist.

Der Erwerb des ususfructus gestaltete sich häufig ganz wie unsre Pachtcontracte durch Vertrag und darauf folgende Uebergabe***). Wenn der Nutzniesser die onera realia tragen m u s s, so ist auch dies nichts, was ihn wesentlich von dem Pachter unterscheidet, denn eben der Art Leistungen wie sie den Usufructuar treffen†), wer-

actionis; nec jam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde, ac si quis, posteaquam contra eum judicatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset.

*) L. ult. de servit. (8. 1.) Quoties via, aut aliquid jus fundi *emeretur*, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quo minus eo juri uti possit, quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto, usum ejus pro juris traditione possessionis accipiendum esse; ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

**) Ganz in die Hand des Proprietars kann das Aufhören des ususfructus gegeben sein. M. s. l 15. quibus m. ususfr. (7. 4.) Interdum proprietarius ad libertatem perducet, si forte ususfructus fuerit tamdiu legatus, quamdiu manumittatur; nam incipiente proprietario manumittere extinguetur ususfructus. Durch das Herausreissen aus allen Zusammenhang haben die Compilatoren das Fragment bis zur Unverständlichkeit gemisshandelt. Unstreitig war Jemandem ein ususfructus servorum bis zu dem Augenblicke legirt, wo es dem Erben gefallen würde, deren Manumission vorzunehmen.

***) L. 1. §. 2. de S. P. R. (8. 3.) Traditio plane et patientia servitutum inducet efficium Praetoris. L. ult. de servitut. cit.

†) L. 27. §. 3. de usufructu (7. 1.). Si quid cloacarii nomine debeatur, vel si quid ob formam aquaeductus, quae per agrum transit, pendatur, ad onus fructuarii pertinebit; sed et si quid ad collationem viae, puto hoc quoque fructuarium subiturum. Ergo et quod ob transitum exercitus confertur ex fructibus, sed et si quid municipio — nam solent possessores certam partem fructuum municipio viliori pretio addicere, solent et fisco fusiones praestare, — haec onera ad fructuarium pertinebunt.

den in unzähligen Pachtcontracten von dem Pachter übernommen. Wo liegt also der **wesentliche** Unterschied zwischen dem Rechte des Pachters und des Usufructuars? Nicht in dem Pachte und in dem Niesbrauche selbst, sondern in dem verschiedenen Maasse der Sicherstellung derselben, darin, dass der Pachter nur die Gewährleistung von dem Verpachter mittels persönlicher Klage verlangen, der Usufructuar gegen einen jeden Störenden die Realklage erheben kann. Ist es nun aber wohl an einem Rechtszustande lobenswerth, wenn er nicht wesentlich verschiedene, ja nach dem Obigen in concreten Fällen gar nicht unterscheidbare Rechte dessenungeachtet hinsichtlich des Maasses ihrer Sicherstellung zu verschiedenen macht? sind wir wohl genöthigt, diese Unterscheidung fest zu halten, die in dem röm. Rechte einzig und allein in dem Klagformelwesen wurzelte, während bereits in jenem sich unverkennbar die Tendenz kund giebt, die Confessorienklage jedem zu verstatten, dessen Ansprüche sich irgend eine vorhandene Klagformel accomodiren lässt? Deutlich legt sich dies bei dem Usufructuar dar. Obschon, wer ihn in der servitus itineris beschränkt, nicht den ususfructus als solchen ihm streitig macht, wird dennoch dieser als der Streitgegenstand angenommen, um in Ermangelung einer persönlichen Klage — m. s. l. 1. pr. si ususfr. petatur cit. (6. 1.) — die Vindication des ususfructus statt auf das iter gerichteter Confessorienklage zu gebrauchen. Denken wir uns nun die röm. Praxis entbunden von dem Formelwesen, so hätte dieselbe eben so wie die heutige für eine schlüssige folgende Confessorienklage ansehen müssen:

des Lucius Grundstück ist in Beziehung zu des Beklagten angränzendem Grundstücke dienstberechtigt in der Maasse, dass des erstren Eigenthümer und seine Leute über letzteres jederzeit beliebig fahren, reiten und gehen dürfen. Mit Lucius habe ich mich vereinigt, **dass mir an dessen Grundstück der Niesbrauch zustehen solle**, auch habe ich von Lucius verstattetermaassen **die Ausübung des Niesbrauches bereits angetreten.** Da nun Beklagter mich in Ausübung dieser Servitut behindert, so etc.

Würde wohl, wenn die röm. Praxis unter der angegebenen Voraussetzung, d. h. wenn sie bei den Klagen blos das materielle Recht in das Auge zu fassen gehabt, nicht aber um die Möglichkeit sich zu bekümmern gehabt hätte, für Geltendmachung desselben eine recipirte Klagformel in Anwendung bringen zu können, für unschlüssig eine Klage angesehen haben, welche ebenso wie die obenstehende formulirt gewesen wäre, dies jedoch mit der Ausnahme, dass sich der Kläger, anstatt auf einen nach vorhergehend errichtetem Vertrage von ihm angetretenen Niesbrauch, auf einen Pachtvertrag und erfolgte Pachtübergabe bezogen hätte? schwerlich lässt die aufgeworfene Frage sich anders beantworten, als mit Nein.

IV.

Mittheilung von Entscheidungen in Betreff einer letztwilligen zum Besten milder Stiftungen errichteten Verordnung *).

§. 1.

Der Fall, wodurch die bemerkten Entscheidungen sind veranlasst worden.

Gegen Ende des verwichenen Jahrhunderts errichtete Graf X., ein hochgestellter sächs. Staatsdiener, römisch-katholischen Glaubensbekenntnisses, mit Gütern angesessen nicht nur in den damals churfürstlichen Erblanden und den beiden Lausitzen, sondern auch in andern Territorien Deutschlands und des Auslandes, seinen letzten Willen, und bestimmte in diesem sein grosses Vermögen zu einem Familienfideicommisse, dessen jedesmaliger Inhaber nicht nur unbefugt sein sollte, etwas von der Substanz des Vermögens zu veräussern, sondern auch bei dessen Verwaltung unter eine gewisse Controle des nach ihm zur Perception berufenen Familienmitgliedes gestellt wurde. Mittels eines in vollkommen zu Recht beständiger Form errichteten Nachtrages zu jenem Testamente berief er, für den Fall des gänzlichen Erlöschens seiner Descendenz, eine adlige Familie andern Namens zum Genusse des Fideicommisses und traf zugleich für den weiteren Fall, dass auch diese ausstürbe, eine besondre, also lautende Anordnung:

„so verordne ich, dass alsdann mein hinterlassendes Vermögen zu milden und nützlichen

*) Das Resultat s. m. w. u. in §. 6.

Stiftungen, über deren Art und Einrichtung ich mich zu expliciren reservire, angewendet werde."

Doch waren, als der Testirer starb, solche Bestimmungen nicht getroffen worden, Perception aber und Verwaltung des Fideicommisses traten angeordneter Maassen ein. In neuerer Zeit gewann es das Ansehen, als wären in Hinsicht auf die Substanz des Vermögens mancherlei Maassregeln ergriffen worden, wodurch das eventuelle Interesse der in Aussicht gestellten milden Stiftungen gefährdet sein könnte. Denn von Seiten der königl. sächs. Ministerien des Innern und des Cultus und öffentlichen Unterrichts war man der Ansicht, dass wenn die Gräfl. Xsche und die nach dieser zum Genuss des Fideicommisses berufene andere Familie, beide gänzlich erlöschen sollten, alsdann des Testirers Vermögen zu Stiftungen der bezeichneten Art zu verwenden sei, und demzufolge klagte aus dem obangezogenen Testamentnachtrage ein jenes Interesse wahrzunehmen bestellter Actor gegen den Fideicommissinhaber darauf, dass derselbe von der Substanz des Vermögens abgekommene Güterparcellen wiederum zu diesem herbeiziehen, überhaupt — diese Details sind in vorliegender Beziehung von keiner Erheblichkeit — in Betreff des Fideicommisses, die zu Sicherstellung des angenommenen eventuellen Interesses milder und nützlicher Siftungen erforderlichen Maassregeln treffen solle.

Der Beklagte, welcher weder die Existenz des mehrerwähnten Testamentnachtrages, noch auch im Allgemeinen die Gültigkeit desselben bestritt, widersprach der Behauptung, dass durch denselben solcher Art Stiftungen ein eventuelles Recht erhalten hätten, und schützte zugleich exceptivisch vor, dass noch vor des Testirers Ableben, derselbe jene letztwillige Verordnung auf zu Recht beständige Weise widerrufen habe.

In drei Instanzen*) hat man den Anspruch für ge-

*) Die Beilage unter A. enthält die von der Juristenfacultät in Leipzig zu ihrer Entscheidung gegebenen Rationen; die in der Appellationsinstanz und die von dem Oberappell.-Gericht gegebenen sind enthalten in den Beilagen unter B. und C.

hörig begründet, und da die Existenz des Testamentnachtrages und dessen Gültigkeit im Allgemeinen keinem Zweifel unterworfen war, für liquid angesehen, und darum den Beklagten condemnirt, insofern nicht derselbe die bemerkte Ausflucht beweisen würde, was späterhin, beiläufig gesagt, er rechtskräftig erkannter Maassen ohne Erfolg versucht hat.

Weit entfernt in der Ueberzeugung, dass in keiner Instanz, wo die Entscheidung von meinen Ansichten abhängig gewesen wäre, die Klage würde für statthaft erachtet worden sein, eine Gewähr dafür zu finden, dass sie hätte für unstatthaft erachtet werden sollen, bekenne ich nur um deswillen mich zu jener Ueberzeugung, weil ihr zufolge ich die Wichtigkeit des Präjudizes anerkennen muss. Damit auch Andre dieselbe anerkennen, lege ich die Gründe jener Ueberzeugung dar; denn obschon die Zweifel, die ich gegen die nachstehenden Entscheidungen hegen möchte, nur anscheinende sein dürften, so könnte doch auch mancher andre Jurist dieselben theilen. Für dankenswerth halte ich es daher, der Praxis bekannt zu machen, dass diese Zweifel durch die übereinstimmende Ansicht dreier Instanzen für unhaltbar sind erklärt worden.

§. 2.

Von den Gründen der mitgetheilten Entscheidungen unabhängige, allgemeine Bemerkungen über die S. 98 und 99. zu lesende letztwillige Verordnung.

Versetze ich mich in die Lage eines Mannes, der zum Executor eines Testamentes ernannt wäre, dem nachträglich, in einem Codicille, sich die Bestimmung beigegeben fände:

ich verordne, dass 10000 Thlr. von meinem Vermögen zu milden und nützlichen Stiftungen verwendet werden, wobei ich mir vorbehalte, noch die nähere (späterhin nirgends

getroffene) Bestimmung über die Art und Einrichtung dieser milden Stiftungen zu treffen, und Testament und Codicill rührten von einem Manne, dessen persönliche Verhältnisse die oben bemerkten des Grafen X. gewesen wären, so würde ich durchaus der Meinung sein, es liege eine ultima voluntas imperfecta vor, welche, als solche, keine Vollstreckung gestatte, und würde, zöge man mich über mein Nichtsthun zur Rechenschaft, Folgendes antworten:

Gar nichts zu thun, das ist eben alles, was ich zu thun im Stande bin; denn indem der Testator mich zum Vollstrecker seines letzten Willens gemacht, und ich der Vollstreckung dieses seines letzten Willens mich unterzogen, habe ich die Verpflichtung übernommen, seinen in dem Codicille ausgesprochenen Willen zu vollziehen. Ich muss aber, um dies thun zu können, vorher diesen Willen erkannt haben; denn hätte ich ihn nicht erkannt, so wäre das, was ich thäte, nicht die Vollziehung seines Willens, sondern ein Act meiner, jenem unerkannten Willen sich substituirenden Willkühr, und nicht bin ich berufen diese an die Stelle von jenem treten zu lassen. Meine Unfähigkeit, des Testirers Willen auszuführen, ist sofort bewiesen, wenn ich, dem, um zur Erkenntniss seines Willens zu gelangen, einzig und allein die mitgetheilten Worte gegeben sind, darlege, dass mir keine Interpretation derselben das gewünschte Resultat erreichbar macht. Denn man erwäge: die Disposition lässt sich zerlegen in folgende zwei integrirende Bestandtheile:

a) 10000 Thlr. sollen zu milden und nützlichen Stiftungen angewendet werden;

b) über die Art und Einrichtung dieser Stiftungen hat sich der Testator vorbehalten noch die näheren Bestimmungen zu treffen.

Gesetzt er hätte nur ausgesprochen, was der Satz unter *a*. besagt. Suche ich nun mir klar zumachen, welche Stiftungen milde und nützliche sind, so wäre ich geneigt, vor allen Dingen von dem Prädicate nützlich ganz abzusehen; denn jede milde Stiftung ist eine nütz-

liche, nicht aber jede nützliche Stiftung eine milde*); dieses Prädicat giebt das engere, jenes das weitere Kennzeichen ab; in allen den Fällen aber, wo ein Subject durch zwei Prädicate bezeichnet ist, deren eines das Subject in eine weitere, das andere es in eine enger abgegränzte Kategorie stellt, ist jenes gleichgültig für Erkenntniss der Sache. Demnach scheint es, die 10000 Thlr. sollen zu milden Stiftungen verwendet werden, und sind somit zuzuwenden nicht einer, sondern mehreren Anstalten, denen dies Prädicat zukommt. Wie viele und wie viel eine jede davon erhalten soll, das ist mir frei gegeben; wenigstens aber müssen dreie percipiren, denn man ist darüber einverstanden, dass eine Pluralität nicht mit der Zahl zwei, sondern drei anhebt. Allein schon hier stosse ich auf das Bedenken, dass man bei Auslegung einer Rede, jedem Worte, das in derselben eines selbstständigen Sinnes fähig ist, diesen Sinn beizulegen hat, bis nicht nach dem anderswoher erwiesenen Sinne, welchen der Redende mit der Rede verband, dessen Ueberflüssigkeit demonstrirt ist. Demnach sind mild und nützlich hier nicht durch und copulirte Prädicate eines und desselben, sondern die unterscheidenden Prädicate verschiedener Sachen, und das Geld wird also zu verwenden sein, dass es an wenigstens drei Stiftungen kommt, die theils milde, theils nicht milde aber nützliche sind. Da nun, bleibe ich bei der ersten Proposition stehen, meinen Verfügungen keine weitere Norm vorgeschrieben ist, so würde der wiederauflebende Graf und Katholik allerdings mich auch dann nicht beschuldigen können, gegen seinen ausgesprochenen Willen gehandelt zu haben, wenn ich auch keine einzige Stiftung berücksichtigen sollte, die im Zweifelsfalle ein Mann des hohen Adels und Katholik lieber als andere begünstigt. Allein eine neue Schwierigkeit thut sich hervor, wenn ich, überzeugt nur nach des Testators eigenem Willen zu ver-

*) Ein Waisenhaus ist eine milde und zugleich nützliche Stiftung, die Errichtung einer Eisenbahn eine nützliche aber keine milde Stiftung. Jedoch nach K. S. Particularrecht — m. s. w. u. — ist diese Bemerkung nicht vollkommen richtig.

fahren ermächtigt zu sein, mich frage, was er sich unter milden Stiftungen gedacht hat. Keinesweges ist dieser Begriff ein theoretisch fixirter, noch weniger in die Vorstellungen des gewöhnlichen Lebens also fixirt übergegangener, dass man überall, wo das Wort milde Stiftungen sich gebraucht findet, bestimmen könnte, welche Vorstellungen der Sprechende damit verbunden habe. Nach gemeinem Rechte versteht man darunter Fonds — m. s. Bd. I. §. 4. S. 59. ff. — welche verwaltet werden zum Besten hülfsbedürftiger Personen, die entweder überhaupt nur durch wohlthätige Gaben können erhalten werden, — die eigentlichen Armen — oder doch nicht füglich im Stande sind, einen gewissen Lebenszweck ohne fremde Unterstützung zu erreichen — z. B. studirende Stipendiaten — in einem und dem andern Falle aber Personen, die christlichen Glaubens sind. Hingegen das K. S. Particularrecht denkt sich darunter gemeinnützige unter öffentlicher Autorität bestehende Anstalten. Bin ich nun gleich ungewiss, wie weit des Testirers Kenntniss des gemeinen und des Particularrechtes gegangen, und wie er den Begriff in Gemässheit der Gesetzesworte aufgefasst habe, oder ob er desselben nur in vager Popularität mächtig gewesen sei, jedenfalls ist nicht gegen den Ausspruch seines Willens gehandelt, wenn ich ausser an nützliche das Geld an Stiftungen gebe, die milde sowohl im Sinne des gemeinen als des Particularrechtes, sowie auch nach populärem Sprachgebrauche es sind, z. B. Waisenhäuser, Stipendien, Wittwenfonds. Liesse sich nun gleich nach dem Obigen über alle Schwierigkeit in Verständniss der Disposition hinwegkommen, insoweit dieselbe abgeschlossen ist in dem Satze unter *a.*, so überzeugt mich doch die Disposition unter *b.*, dass auf die angegebene Weise verfahrend, ich anstatt des Testators Willen meine eigne Willkühr vollstrecken würde. Er hat sich vorbehalten, über die Art und Einrichtung dieser milden und nützlichen Stiftungen noch die nähere Bestimmung zu treffen. Gehe auch hinsichtlich dieser Worte ich von der unbestreitbar richtigen Ansicht aus, dass vorauszusetzender Weise jedes Wort einer Rede den Sinn

derselben zu vervollständigen bestimmt ist, so ergiebt sich für die Auslegung der in Frage stehenden Disposition anderweit, dass der Testator nicht an bereits vorhandene, sondern an erst noch einzurichtende milde und nützliche Stiftungen das Capital wollte verwendet wissen; denn hätte das Wort Einrichtung gleichbedeutend mit Beschaffenheit, sollen gebraucht werden, so wäre es die tautologische Wiederholung des Wortes Art. Da nun aber uns nichts berechtigt bei Interpretation einer letztwilligen Verordnung Tautologien zu präsumiren, so hat der Testator gesagt, er werde noch bestimmen, welcher Art Stiftungen mittels des Capitals sollten eingerichtet d. h. hergestellt werden. Was er aber selbst zu bestimmen sich vorbehalten, das hat er eben um deswillen nicht meiner Bestimmung überlassen wollen. Seine Bestimmung ist nicht erfolgt, und also die ultima voluntas eine unvollkommene und darum unausführbare geblieben. Angenommen indess, was ich anzunehmen Bedenken tragen muss, es sind in der vorliegenden Disposition die Worte Art und Einrichtung tautologisch gebraucht, und es ist des Testirers Meinung gewesen, er behalte sich vor die Gattungen der Stiftungen, die er bedacht haben wollte, näher anzugeben, so kann auch dieser Ausspruch erstlich den Sinn haben, es sollten die 10000 Thlr. zu milden und nützlichen Stiftungen von mir, dem Testamentsexecutor, und also nach meinem Ermessen verwendet werden, insofern nicht eine anderweite Verordnung dies Ermessen beschränken oder ganz ausschliessen werde, zweitens aber auch den: für den Fall, dass die zur Fideicommissperception berufenen Familien gänzlich erlöschen sollten, wolle der Testator, dass die 10000 Thlr. zu milden und nützlichen Stiftungen derjenigen Gattung sollen verwendet werden, die er noch vor seinem Tode bestimmen werde. Die Disposition im letzteren Sinne genommen, ist abermals die voluntas testatoris eine imperfecta gebliebene und mir die Befugniss entzogen, dieselbe zu ergänzen. Ich muss aber des Testators Ausspruch in letzterem Sinne nehmen, weil es sich von selbst versteht, dass jeder letzte Wille von dem, der denselben errichtet

hat, auch unvorbehaltener Weise beliebig modificirt werden darf, und keineswegs vorauszusetzen ist, dass anstatt desjenigen, was sich nicht von selbst verstand und also das Reden nothwendig machte, der Testator höchst überflüssiger und zweckloser Weise habe aussprechen wollen, was sich von selbst verstand.

§. 3.

Obige Bemerkungen angewendet auf den vorliegenden Fall.

Bereits aus dem Gesagten ergiebt sich, dass für meine Person ich des Grafen X. fideicommissarische Disposition zum Besten milder und nützlicher Stiftungen nur auf der Art erst noch einzurichtende und zwar nach seinen Vorschriften einzurichtende Stiftungen zu beziehen vermag, also in dem vorliegenden Falle ein Klagerecht des bestellten Actors blos dann würde anerkannt haben, wenn

1) zur Zeit, wo der Testamentsnachtrag errichtet ward, eine Behörde existirt hätte, deren Attribut in allen Fällen, wo so viel vorlag, es habe ein Testator eine gewisse Summe, oder einen bestimmten Vermögenscomplex milden Stiftungen oder Wohlfahrtsinstituten wollen zukommen lassen, das gewesen wäre, nach eigenem Ermessen jenem Willen die nähere Form und Gestaltung zu geben, ohne die er unausführbar blieb und wenn

2) nachzuweisen gewesen wäre, dass jener Behörde obengedachte Function auf die K. S. Ministerien des Innern, des Cultus und öffentlichen Unterrichtes übergegangen sei.

Ohne diese beiden Voraussetzungen möchte ich glauben, dass, da der Testirer selbst seinen Willen als einen solchen bezeichnet, der erst noch die nöthige Vollständigkeit erhalten solle, und er unterlassen, sie demselben zu geben, so müsse man sagen: die voluntas testatoris imperfecta verstattet keine Vollstreckung, weil dieselbe zweifelsohne nicht den Willen erfüllen würde, welchen er selbst würde ausgesprochen haben. Denn wer den

Glanz seines Geschlechts und seines Namens Fortbestand durch ein Familienfideicommiss sichern wollte, der wollte zuverlässig für den Fall, dass das Geschlecht untergingе, wenigstens dessen Namen durch imposant eingerichtete Stiftungen lebendig in dem Munde und dem Gedächtniss der Menge erhalten; und diese Sorge, ihm die wichtigste, die er haben konnte, sobald das Geschlecht selbst erlosch, wollte er gewiss keinem ihm völlig fremden Ermessen überlassen. Zweifelsohne wäre es ihm höchst widerwärtig gewesen, auch nur an die Möglichkeit zu denken, es könne der Lauf der Zeiten als sprechendste Erinnerung an ein Gräflich Xsches Geschlecht und dessen Reichthümer nichts andres als den Umstand übrig lassen, dass sich in Intradenrechnungen von Zucht- und Arbeitshäusern Posten unter der Rubrik fänden: „antheilige Zinsen von der Gräfl. Xschen Stiftung.“

Aber auch dann, wenn ich zugeben wollte, in dem vorliegenden Falle habe der Testirer milde und nützliche Stiftungen nicht blos unter der Voraussetzung honorirt, dass er selbst erst noch die neue Etablirung solcher als für die von ihm honorirten anzusehenden Institute vorschreiben würde, könnte ich nicht glauben, seiner Disposition lasse sich irgend eine Folge geben, wenn man nicht den Satz beweisen kann, die genannten Ministerien sind nach gesetzlicher Vorschrift die Executoren letzter Willen, dafern in diesen milde und nützliche Stiftungen sind bedacht worden, jedoch ohne einen desfalls geordneten Executor der letzte Wille keine Vollstreckung gestattet. Dies zu erläutern bemerke ich — im Wesentlichen ist es nur die Wiederholung dessen, was sich schon in §. 2 gesagt findet — Folgendes:

Hätte der Testirer gesagt: in Ermangelung aller andern von mir zu Perception des Fideicommisses berufenen Personen, soll mein Vermögen an milde und nützliche Stiftungen verwendet und dieses meines letzten Willens Vollstreckung der Behörde oder den Behörden überlassen sein, unter deren Aufsicht und Administration zur Zeit des Anfalls piae causae und Wohlfahrtsinstitute sich gestellt finden, so würden die oben aufgeworfenen Fra-

gen, was denn nun eigentlich solchenfalls mit dem Vermögen anzufangen sei, sich von selbst erledigt haben. Denn die Verfügung selbst hätte die nähere zu Vollstreckung des Willens demselben unerlasslich nöthige Modification in das Ermessen eines Dritten gestellt, im Voraus dessen Willen zu dem eignen gemacht. Im entgegengesetzten und vorliegenden Falle, wo Niemand zum Executor der Disposition ernannt ist, ist auch keine einzige Stiftung honorirt. Man erwäge nämlich, dass für honorirt in einem letzten Willen nur derjenige sich ansehen lässt, welcher, aus demselben klagend, anzuführen vermag, ihn habe die Disposition bedacht, mit so und so viel habe sie ihn bedacht. In welcher sächsischen, deutschen, oder irgend einer Stiftung in der Welt Namen kann man aber auf eine und die andere jener Fragen Antwort aus dem in Frage stehenden Codicille geben? Offenbar in keiner einzigen Namen.

§. 4.

Bemerkungen zu den in Frage stehenden Erkenntnissen.

Nach dem Obigen war also die Aufgabe der diesen Erkenntnissen beigegebenen Entscheidungsgründe, davon zu überzeugen, dass: die königl. sächs. Ministerien des Innern so wie des Cultus und des öffentlichen Unterrichts nicht blos dafür wachen sollen, dass milde und nützliche Stiftungen, was sie aus einem Testamente oder Codicille zu fordern haben, auch wirklich erhalten, sondern die genannten Ministerien noch überdies in der angegebenen Beziehung die Executoren der letzten Willen, und darum autorisirt sind, in den Fällen, wo letztwilligen Verordnungen die von ihnen honorirten milden und nützlichen Stiftungen nicht näher bezeichnen, der incertae voluntati des Testirers das eigne Ermessen zu substituiren, ja sogar im Falle, wo ein Testator letztwillig erklärt hat: er werde über sein Vermögen zur Errichtung milder und nützlicher Stiftungen disponiren, an seiner Statt diese Dispositionen zu treffen, sobald nicht der Te-

stator selbst sie noch bei Lebzeiten getroffen hatte. Die Entscheidungsgründe erster Instanz gehen von der Bemerkung aus, dass die Worte: „so verordne ich, dass alsdann mein hinterlassendes Vermögen u.s.w." „eine *verbis directis* ausgedrückte" — das allerdings ist nicht zu leugnen*) — „definitive" — nicht vermag ich zu ermessen, was dies Wort in dem vorliegenden Zusammenhange bedeuten soll — **) „bestimmt erklärte Willensmeinung" enthalten. Dies leugne ich, weil eine Anordnung, durch welche Rechtssubjecten eine Liberalität soll conferirt werden, nicht bestimmt ist, wenn sie diese Rechtssubjecte also bezeichnet, dass keines in der bezeichneten Kategorie in den Stand gesetzt ist, zu behaupten, zu diesem oder jenem bestimmten Antheile habe die Liberalität auch ihm sollen conferirt sein ***). Gewiss wird diese incertitudo personae institutae nicht dadurch aufgehoben, dass eine Stelle im Codex verordnet, ein den Armen hinterlassenes Legat solle als gültig aufrecht erhalten werden. — M. s. l. 24 C. de episcopis et clericis (1. 3.). — Vielmehr geht dies

*) Jedoch, was verbis directis ausgedrückt ist, ist darum noch nicht mit der im concreten Falle nöthigen, individualisirenden Bestimmtheit ausgedrückt. So z. B. l. 62. §. 1. de hered. institut. (28. 5.).

Quoties non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet, quippe evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat, et ad designationem nominis singulari nomine utatur, nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit. Diese Worte sind directe, unbestimmt aber ist, was sie enthalten.

**) Sollte dies Epitheton dadurch veranlasst sein, dass die Stiftungen tertio und ultimo loco berufen sind, wie das Definitiv die letzte Stelle in der Reihenfolge der Urthel einnimmt?

***) Nicht abzusehen ist, wie man unter solchen Umständen „von einer bereits in sich vollendeten und abgeschlossenen Erbeinsetzung" habe sprechen können. Ferner begreife ich sehr wohl, wie ein Testator seines letzten d. h. bis zum Tode unverändert gebliebenen Willens Ausführung unter einer Bedingung, die solchenfalls als eine resolutive erscheint, untersagen kann; wie man aber die Frage: ob der angegebene Vorbehalt des Testators für eine Resolutivbedingung zu erachten sei, hat verneinen können, das begreife ich um deswillen nicht, weil ich ausser Stande bin, mir zu erklären, wie man auf jene Frage gekommen.

Gesetz von der Ueberzeugung aus, dass einer incertae personae und darum wirkungsloser Weise dasjenige beschieden sei, wozu ein Erblasser nicht anders als generisch angegebene Personen berufen hat. Es erkennt diese Regel an; denn ohne diese Regel wäre schwerlich ein Bedürfniss nach der singulären Vorschrift eingetreten, dass bei Vermächtnissen an die Armen die Ortsarmencasse solle für eingesetzt angesehen werden. Bekanntlich aber ist die gesetzliche Ausnahme von einem Gesetze nicht des letzteren Vernichtung, sondern vielmehr die Bestärkung desselben. Gleiche Bewandniss hat es mit der l. 49. eod., welche für den Fall, wo die Gefangenen sind zu Erben eingesetzt worden, verordnet: ejusmodi et talem institutionem pietatis intuitu valere et non esse respuendam. Also zu räsonniren: nicht nur die captivorum institutio, „sondern eine jede ejusmodi et talis institutio" soll pietatis intuitu valere, und also ist jede personae incertae institutio gültig, sobald die Aufrechthaltung derselben sich als wünschenswerth darstellt pietatis intuitu, das scheint mir mehr als bedenklich. Die Stelle sagt nicht: aufrecht erhalten soll jede institutio werden, deren Aufrechthaltung pietatis intuitu erwünscht ist, sondern: es soll pietatis intuitu aufrecht erhalten werden, jede solche Einsetzung wie die der Gefangenen; welchergestalt denn so viel gewiss ist, es sollen zwar pietatis intuitu auch noch andere Einsetzungen für zu Recht bestehende angesehen werden; allein es fragt sich, hinsichtlich welcher Einrichtungen will dies das Gesetz vorgeschrieben haben, indem es, sehr unbefriedigender Weise von ejusmodi und talibus institutionibus sprechend, verschweigt, welche institutiones es für ejusmodi et tales institutiones halte? Darauf, dünkt mich, könne die solchergestalt uns zur Pflicht gemachte rein theoretische Beantwortung der Frage nicht anders als dahin ausfallen, es sei unter dem Gesetze begriffe jede institutio, die, indem sie ein genus und keine species von Rechtssubjecten honorirt, dennoch die Sicherheit, man vollstrecke des Testirers eigenen Willen eben so vollkommen garantirt, als es der Fall ist, wo Armen oder

Gefangenen das Vermächtniss beschieden wurde. Es leuchtet nämlich ein, dass man, was für Arme oder Gefangene ist vermacht worden, nach des Testirers Willen verwendet, sobald man es Personen reicht, die sich ohne fremde Unterstützung nicht selbst erhalten könnten, oder damit Gefangene loskauft, wogegen ein legatum ad pias causas relictum schon erwähnter Maassen die Frage offen lässt, was sich der Testator unter einer pia causa gedacht habe. Auch erkennen dies die Entscheidungsgründe unter A. an, indem auch sie die nöthige nähere Bezeichnung vermissen. Dabei aber nehmen sie an, wenn milde Stiftungen ohne nähere Bezeichnung derselben eingesetzt wären, alsdann

1) habe man den Staat, dem der Testator als Unterthan angehörte, für eingesetzt anzusehen und dessen Behörden liege es ob, die näheren Bestimmungen zu treffen, und demnach

2) sei im vorliegenden Falle der ehemals churfürstliche, jetzt königl. sächsische Staat für eingesetzt zu betrachten und die hinterlassenen Güter zu dem angegebenen Zwecke näher anzuweisen und zu verwenden, dies stehe den beiden klagenden Ministerien zu.

Was den Satz unter 1. anlangt, so soll er bewiesen sein durch l. 28., 46. und 49. C. de episc. et cleric. (1. 3.) Novella 131. cp. 11. und cp. 6. X. de testam. et ult. volunt. (3. 26.)

L. 28. cit. ist zur Ungebühr citirt; es spricht dies Gesetz ausdrücklich nur von der Art und Weise, auf welche zur redemtio captivorum ausgesetzte Vermächtnisse zu diesem Zwecke sollen verwendet werden, wenn der Testator nicht selbst angeordnet hat, wem in dieser Hinsicht er die Vollstreckung seines letzten Willens wolle anvertraut wissen*).

*) L. 28. Nulli licere decernimus, sive testamento heres sit institutus, sive ab intestato succedat, sive fideicommissarius vel legatarius inveniatur, dispositiones pii testatoris infringere vel improba mente violare, asserende incertum esse legatum vel fideicommissum, *quod redemtioni captivorum relinquitur*, sed modis omnibus exactum pro voluntate testatoris piae rei negotio proficere. §. 1. Et si qui-

L. 46. cit. ist zu lang, als dass es thunlich wäre, dessen ganzen Inhalt hier mitzutheilen. So viel ist aber gewiss, nirgends in demselben ist ausgesprochen, der Staat solle, wenn ein Testirer pias causas ohne nähere Bezeichnung ihrer Art und Einrichtung honorirt habe, dem solchergestalt unbestimmt gebliebenen Willen des Testirers die nähere Bestimmtheit geben, sondern das Gesetz will, die Bischöffe sollen autorisirt sein, dafür zu sorgen, dass letzte zum Besten milder Stiftungen erklärte Willen erfüllt werden, hat aber gar nicht den Fall vor Augen, wo der Testator weder ausgesprochen hat, welchen bereits

dem testator designaverit, per quem desiderat redemtionem fieri captivorum, is, qui specialiter designatus est, legati vel fideicommissi habeat exigendi licentiam, et pro sua conscientia votum adimpleat testatoris. Si autem, persona non designata, testator absolute tantummodo summam legati vel fideicommissi taxaverit, quae debeat memoratae causae proficere, vir reverendissimus episcopus illius civitatis, ex qua testator oritur, habeat facultatem exigendi, quod hujus rei gratia fuerit derelictum, pium defuncti propositum sine ulla cunctatione, ut convenit, impleturus. §. 2. Quum autem vir religiosissimus episcopus hujusmodi pecunias pio relictas arbitrio fuerit consecutus, statim gestis intervenientibus earum quantitatem, et tempus, quo eas susceperit, apud Rectorem provinciae publicare debebit. Post unius vero anni spatium et numerum captivorum, et data pro his pretia eum manifestare praecipimus, ut per omnia impleantur tam piae deficientium voluntates; ita tamen, ut religiosissimi antistites gratis et sine ullo dispendio praedicta gesta conficiant, ne humanitatis obtentu relictae pecuniae judiciorum dispendiis erogentur. §. 3. Quodsi testator, qui hujusmodi legatum vel fideicommissum non designata persona reliquit, barbarae sit nationis, et de ejus patria aliqua emerserit ambiguitas, vir reverendissimus episcopus civitatis ejus, in qua idem testator defunctus est, ejusdem habeat legati seu fideicommissi petitionem, defuncti propositum modis omnibus impleturus. §. 4. Quodsi in vico vel territorio testator mortem obierit, illius civitatis vir reverendissimus episcopus exactionem habebit, sub qua vicus vel territorium esse dignoscitur. §. 5. Et ne pium defuncti propositum improba fraudatorum calliditate celetur, quidquid pro hujusmodi causa a testatore relictum fuerit, universi, qui id quocunque modo cognoverint, vel in viri clarissimi Rectoris provinciae vel in urbis episcopi notitiam deferendi liberam habeant facultatem; nec delatoris nomen suspicionemque formident, quum fides atque industria eorum tam laude, quam honestate, ac pariter pietate non careat, cum veritatem in publicas aures lucemque deduxerint.

bestehenden oder welchen erst noch zu errichtenden milden Stiftungen das Vermächtniss solle zu Gute gehen, sondern es setzt das Gesetz diese Bestimmungen als in dem letzten Willen gegebene voraus. M. s. pr. l. cit. 46. L. 49. cod. *) spricht nur davon, wie das Testament soll vollstreckt werden, insofern zur Lösung von

*) Si quis ad declinandam legem Falcidiam, quum desiderat totam suam substantiam *pro redemtione captivorum relinquere*, eos ipsos captivos scripserit heredes, ne videatur, quasi incertis personis heredibus institutis, judicium suum oppugnandum reliquisse, sancimus, *ejusmodi et talem institutionem pietates intuitu valere*, *et non esse respuendam*. *§. 1. Sed et si pauperes quidem scripserit heredes*, et non inveniatur certum ptochotrophium, vel certae ecclesiae pauperes, de quibus testator cogitaverit, sed sub incerto vocabulo pauperes fuerint heredes instituti, simili modo et hujusmodi institutionem valere decernimus. §. 2. Et si quidem captivos scripserit heredes civitatis, in qua testator larem fovere ac degere noscitur, episcopus et oeconomus hereditatem suscipiant, et omni modo in redemtionem captivorum procedat hereditas, sive per annuos reditus, sive per venditionem mobilium seu se moventium rerum sit; nullo penitus ex hoc lucro vel oeconomo, vel episcopo, vel sacrosanctae ecclesiae relinquendo. Si enim propter hoc a speciali herede recessum est, ut non Falcidiae ratio inducatur, quomodo ferendum est, hoc, quod in sacrum venerit per Falcidiam vel aliam occasionem minui? §. 3. Ubi autem indistincte pauperes scripti sunt heredes, ibi xenonem ejus civitatis omnimodo hereditatem nancisci, et per xenodochum in aegrotantes fieri patrimonii distributionem, secundum quod in captivis constituimus, vel per redituum annalium erogationem, vel per venditionem rerum mobilium vel sese moventium, ut ex his res immobiles comparentur, et annuus victus aegrotantibus accedat. Quis enim pauperior est hominibus, qui et inopia tenti sunt, et in xenone repositi, et suis corporibus laborantes necessarium victum sibi non possunt afferre? §. 4. Licentia omnino danda *et in priore et in secunda specie*, et actionem movere, et debita exigere, *ut in captivos vel in aegrotantes* consumantur. Si enim heredum eis et jus et nomen dedimus, sine Falcidiae tamen legis emolumento, necesse est eos debita exigere et creditoribus respondere. §. 5. Sin autem ampliores in civitate xenones vel ptochotrophia sint, ne incerta videatur pecuniarum datio, tunc ei xenoni vel ptochotrophio, qui pauperior esse dignoscitur, easdem res vel pecunias assignari censemus, hoc videlicet discutiendo a viro reverendissimo locorum antistite et sub eo constitutis clericis. §. 6. Sin autem nullus xenon in civitate inveniatur, tunc, secundum de captivis sanctionem, pro tempore oeconomus sacrosanctae ecclesiae vel episcopus hereditatem accipiat, et sine Falcidiae ratione pauperibus, qui in civitate sunt, vel penitus mendicantibus, vel alia

Gefangenen oder für Arme etwas ist vermacht worden, hingegen mit keiner Sylbe davon, dass, wenn etwas ganz im Allgemeinen zu milden Zwecken vermacht worden, der Staat durch irgend eine seiner Behörden, die solchenfalls als eine incerta sich darstellende voluntas testatoris in eine voluntas certa verwandeln solle. Gleiche Bewandniss hat es mit cp. 11. der 131sten Novelle *) und

sustentatione egentibus eadem pecuniae distribuantur. §. 7. *Haec tamen omnia locum habere sancimus, quando non certi xenonis, vel certi ptochotrophii, vel certae ecclesiae nominatio a testatore subsecuta est, sed incertus est ejus sensus.* Sin autem in personam certam venerabilemve certam domum respexerit, ei tantummodo hereditatem vel legatum competere sancimus, nulla Falcidia nec in hac parte intercedente. §. 8. In omnibus autem hujusmodi casibus caelestes iracundias sacrosanctarum rerum administratores exspectent, si qualecunque lucrum ex hujusmodi gubernationibus sibimet acquisierint, vel si hoc committi ab alio consenserint, et non gravissima poena et interminatione, quod perperam factum est, studeant corrigere.

*) Si quis autem *pro redemtione captivorum aut alimentis pauperum* hereditatem aut legatum reliquerit in rebus mobilibus, aut immobilibus, sive semel, sive annale, et hoc modis omnibus secundum testatoris voluntatem ab iis quibus jussum est hoc facere, compleri. Si autem specialiter dixerit quomodo pauperibus hoc reliquit: praecipimus sanctissimum episcopum civitatis in qua testator habuit domicilium, percipere easdem res, et ejus civitatis pauperibus erogare. Si autem *pro redemtione captivorum aliquid relinquatur*, et non nominatim testator dixerit per quem oporteat fieri redemtionem captivorum, etiam sic jubemus res ad hoc relictas locorum episcopum et ejus oeconomos accipere, et hujusmodi pium opus implere: in omnibus enim talibus piis voluntatibus sanctissimos locorum episcopos volumus providere, ut secundum defuncti voluntati universa procedant: licet praecipue a testatoribus aut donatoribus interdictum sit eis habere ad hoc aliquod participium. Si autem qui hoc facere jussi sunt, semel et secundo a beatissimo locorum episcopo aut ejus oeconomis per publicas personas admoniti distulerint quae disposita sunt, adimplere: jubemus eos omne lucrum relictum eis ab eo qui hoc praeceperit, amittere: et locorum episcopos omnes res cunctis (sicuti dictum est) piis causis distributas, cum fructibus et augmentis medii temporis et memorato lucro vindicare: et quae testator disposuit adimplere scientes, quia, si neglexerint, pro his omnibus rationem Deo persolvent. Si autem sanctissimus locorum episcopus reliquerit aliquid horum quae a nobis dicta sunt: liceat sanctissimo ejus metropolitae haec omnia exigere et complere: et omni alii licentia sit hujusmodi movere quaestionem, et studere ut modis omnibus causae piae compleantur.

völlig nichtssagend ist in der angegebenen Beziehung l. 6. X. de test. et ult. volunt. (3. 26.) *). Bis hierher scheint also die juristische Pietät für die pias causas den Gesetzen einigermaassen zuviel gethan zu haben und also die auch aus dem also aufgefassten Sinne der Gesetze für den königl. sächs. Staat in der Maasse abgeleitete Folgerung, dass nunmehr eventuel die genannten Ministerien sollen befugt sein, das Fideicommiss nach Ermessen für milde und nützliche Stiftungen zu verwenden, mehr einen neuen Rechtssatz geschaffen zu haben, als die Anwendung eines schon irgendwo ausgesprochenen zu sein.

§. 5.

Fortsetzung. Bemerkungen zu dem Urtheil zweiter Instanz.

Es geht dieses von der meinen eigenen, im Vorstehenden dargelegten Ueberzeugungen conformen Ansicht aus,

1) es laborire die in Frage stehende Disposition an incertitudo personae institutae, immaassen nicht gesagt sei, welcher Art die Stiftungen sein sollten, die der Testator wolle bedacht haben, der vielmehr scheine Willens gewesen zu sein, erst noch zu bestimmen, wie diejenigen Stiftungen einzurichten wären, die man von dem Fideicommiss zu begründen und zu erhalten habe,

2) erheblichem Zweifel sei die Annahme unterworfen, in Fällen der vorliegenden Art erscheine der Staat als mit der Obliegenheit zum Erben eingesetzt **), die letztwillige Disposition nach bestem Ermessen durch Staatsbehörden vollstrecken zu lassen. Dessenungeachtet soll jene Disposition vollkommen rechtsbeständig sein.

*) Si heredes jussa testatoris non adimpleverint, ab episcopo loci illius omnes res, quae eis relicta est, canonice interdicatur cum fructibus et caeteris emolumentis: ut vota defuncti adimpleantur.

**) Weiterhin ist die Ansicht, der Staat sei als eingesetzter Fideicommisserbe zu betrachten, mit noch grösserer Bestimmtheit und zwar um deswillen verworfen, weil hiervon das Codicill nicht die mindeste Andeutung enthalte.

Hier nun drängt sich sofort die Bemerkung auf, dass eine zu Recht beständige letztwillige Disposition nur eine solche sein kann, die eine dem letzten Willen des Testators übereinstimmende Vollstreckung verstattet; letztere aber ist nur unter der Voraussetzung möglich, dass der Testator entweder selbst, was er denn nun eigentlich wolle, mit erschöpfender Bestimmtheit ausgesprochen, oder Jemanden bezeichnet hat, dem er es überlassen wollte, seinem Willen insoweit nöthig die nähere Bestimmtheit zu geben. Da nun im vorliegenden Falle es sowohl an dieser als an jener Voraussetzung fehlt, so konnte in eben diesem Falle nur ein Gesetz oder ein Gerichtsbrauch den klagenden Ministerien das Befugniss zusprechen, sich zum Executor des letzten Willens des Grafen X. aufzuwerfen, und billig fragt man sich, welches Gesetz oder welcher Gerichtsbrauch in dieser Beziehung dürfte zu entdecken sein, sobald man auf die Zuverlässigkeit des Satzes verzichtet, unter Umständen wie die vorliegenden sei der Staat als gleichsam sub modo eingesetzter Erbe anzusehen. Sehen wir also, was die unter B. mitgetheilten Entscheidungsgründe sagen, um bei ihrer, in den vorstehenden zwei Sätzen angegebenen Ueberzeugung, zu der dennoch auch von der vollkommenen Rechtsbeständigkeit der in Frage befangenen Disposition zu gelangen. Sie sagen folgendes:

weder im römischen noch im kanonischen noch auch in dem einheimischen Rechte sei der Satz begründet, es müssten Vermächtnisse *ad pias causas*, um als solche von dem Gesetze begünstigt zu sein, bereits bestehende Stiftungen bedenken oder „mit andern Worten“ dem Erfordernisse einer *persona certa* entsprechen.

Zugegeben, was zur Basirung dieser Behauptung jene Rationen zu beweisen umständlich und vielleicht mit bestem Erfolge sind bemüht gewesen, nämlich unter pia causa könne nicht blos ein bereits bestehendes, sondern eben so wohl auch ein erst noch zu errichtendes Institut verstanden werden, so ist es doch jedenfalls unrichtig, letztwillige

Verordnungen, die eine noch nicht bestehende, sondern erst noch zu errichtende milde Stiftung betreffen, um deswillen als incertam personam honorirende Vermächtnisse zu prädiciren. Denn es leuchtet ein, dass ein Institut, welches nach des Testirers Absicht in das Leben treten soll, eben so gut persona certa als incerta sein kann; persona certa, wenn die Disposition Art und Einrichtung der Stiftung also bezeichnet, dass, um ausgeführt zu werden, des Testirers Wille keines Dritten ergänzender näherer Bestimmungen bedarf, hingegen persona incerta, wo der entgegengesetzte Fall eintritt. Uebrigens ist es ungenau von persona certa und incerta bei letzten Willen zu sprechen; denn nicht diese certitudo und incertitudo, sondern die des letzten Willens kommt in Betracht. Certa voluntas kann ungeachtet der incertitudo personae vorhanden sein. Z. B. legirt Jemand etwas an diejenigen Kinder, welche von zweien seiner Freunde dem sich zunächst verehlichenden werden geboren werden, so ist incertitudo personae, dabei aber die vollkommene certitudo voluntatis vorhanden. Wenn Jemand etwas dem ältesten Kinde irgend eines seiner Freunde vermacht und dem Erben überlässt, den Freund auszuwählen, dessen Kinde das Vermächtniss zufallen solle, so ist die incertitudo personae gewissermaassen noch auffallender als in jenem Falle, dessenungeachtet aber die voluntas nicht minder certa. Hiernächst kommt man mit der falschen Ansicht, incertitudo personae ist allemal vorhanden, wo einer erst noch zu errichtenden pia causa etwas vermacht worden, das Vermächtniss jedoch solchenfalls aufrecht zu erhalten, weil ein legatum ad pias causas ebensowohl schon vorhandene als erst noch zu errichtende Institute honoriren darf, nicht um einen Schritt weiter in dem vorliegenden Falle, wo die Entscheidung von der Frage abhing, wer, wenn nicht nur incertitudo personae, sondern auch voluntatis in einer Disposition zum Besten milder Stiftungen vorliegt, der incertae voluntati die zu ihrer Vollstreckung nöthige certitudo (Bestimmtheit) geben solle? Diese Schwierigkeit zu beseitigen wird in den Rationen zweiter Instanz nicht einmal der Versuch ge-

macht, sondern statt dessen die anderweite bedenkliche Behauptung aufgestellt, des Testirers unausgeführt gebliebener Vorbehalt, über die Art und Einrichtung der eventuel von seinem Vermögen zu errichtenden milden und nützlichen Stiftungen sich näher zu erklären, mache die Disposition zu keiner imperfecten, weil der Vorbehalt an sich unnöthig gewesen sei, da es sich von selbst verstanden habe, unbenommen sei ihm geblieben, seinen letzten Willen näher zu bestimmen und zu erläutern. Diese Behauptung — aus welcher übrigens ebenfalls nicht resultirt, wer denn nun berufen sei näher zu bestimmen und zu erläutern, was erklärtermaassen der Testator selbst bestimmen und erläutern wollte, jedoch unbestimmt und unerläutert gelassen hat — geht von der willkührlichen, nicht einmal präsumtiv haltbaren Annahme aus, der Testator habe etwas überflüssiges sagen wollen, während es viel wahrscheinlicher ist und weit näher liegt, dass er nichts überflüssiges, sondern so viel hat sagen wollen: mein Vermögen soll zu denjenigen milden Stiftungen verwendet werden, die ich ihrer Art und Einrichtung nach noch vor meinem Ableben werde bestimmt haben.

Indess auch in zweiter Instanz scheint man die bisher erörterten Rechtssätze nicht mit unbedingter Zuversicht betrachtet zu haben; denn man fügte hinzu: dass auch dann, wenn nach dem Allen noch Zweifel an der Gültigkeit der in Frage befangenen Disposition übrig bleiben sollten, doch dieselben jedenfalls verschwänden, sobald „man die Sache aus folgendem Gesichtspunkte betrachtete.“

Dieser Gesichtspunkt besteht in nachstehendem Räsonnement:

nie sollten die zur Perception des Fideicommisses berufenen Mitglieder der Familie des Testirers und dann der Familie W. die Proprietät, sondern immer und jederzeit nur den Niesbrauch haben. Demnach werden, wenn beide Familien aussterben, die Fideicommissgüter bona vacantia, und fallen als solche dem Staate anheim. Allein wer einen erblosen Nachlass erhält, muss um nichts we-

niger hinsichtlich desselben die letzwillig von dem Erblasser vorgeschriebenen Dispositionen erfüllen. Demnach treten eventuel für den Staat, nicht als eingesetztem Erben, sondern als gesetzlichem Eigenthümer herrenloser Güter, die unter andern auch zu der Vorsorge für milde und nützliche Stiftungen bestellten Ministerien ein, und dem nicht genau und bestimmt genug erfolgten Ausspruch seines letzten Willens hat der Testirer es zuzuschreiben, wenn die Ministerien die generel ausgesprochene Willensmeinung in einer speciellen Form ausführen sollten, die dem Testirer selbst vielleicht nie in den Sinn gekommen wäre.

Da dieser überraschenden Ansicht bereits das O. App. Gericht in der Beilage unter C. widersprochen, auch dabei gezeigt hat, dass sie nicht einmal den factischen Vorlagen nach haltbar sei, so füge in dieser Beziehung meinestheils ich nur die Bemerkung bei, ob wohl der Staat durch die Aussicht, dies oder jenes könne er einmal als bonum vacans erwerben, dürfe berechtigt werden, schon vor dem Vacantwerden des Eigenthumes im Interesse seines eventuellen Erwerbes mit überwachenden Maassregeln einzuschreiten? Wenigstens verfährt, wer dieses zu bejahen wagt, nicht inconsequent, wenn er alle und jede Vermögensadministration unter concurrirende Mitaufsicht des Staates stellt. Denn irgend einmal vacant werden kann jedes Vermögen und es dürfte in den speciellen Fällen die für das Vacantwerden vorhandene stärkere oder schwächere Unwahrscheinlichkeit — wahrscheinlich war es auch nicht in dem vorliegenden Falle — keine sichre Norm zu Unterscheidung derjenigen Güter geben, deren Administration der Staat zu überwachen befugt oder nicht befugt sei.

§. 6.

Fortsetzung. Bemerkungen zu der Beilage unter C.

Die im vorliegenden Falle präjudicielle Frage, ob durch dasjenige, was der Testator näher zu bestimmen sich vorbehalten hatte, jedoch unbestimmt gelassen, des-

sen ultima voluntas insoweit imperfecta und darum unvollstreckbar geblieben oder jener Vorbehalt für völlig nichtssagend, für so gut als gar nicht niedergeschrieben anzusehen sei, ist von dem Urthel dritter Instanz in eben dem Sinne, wie von den vorhergegangenen beiden Urtheln beantwortet worden.

Hier, dünkt mich, hatte man die höher liegenden Fragen in das Auge zu fassen:

ob die Interpretation einer auf ein Rechtsverhältniss sich beziehenden, ja überhaupt irgend einer Rede, ohne besonders dazu berechtigende Umstände, in der Lage sei, voraussetzen zu dürfen, irgend etwas sei in der Rede völlig müssigerweise gesagt, ob, wenn es denkbar, ja wie in dem vorliegenden Falle sehr wohl möglich ist, nicht müssigerweise habe es gesagt sein sollen, dennoch, dass es völlig müssigerweise gesagt sei, alsdann anzunehmen ist, wenn ohne diese Annahme, ein Kläger, was er in Folge solcher Rede fordert, unschlüssigerweise fordern würde?

Wie nach meinen Ansichten ich diese Fragen beantworten würde, das liegt bereits im 3. Bande der Rechtsfälle und zwar im VIII. über juristische Auslegung abgefassten Aufsatze vor, wo in §. 16. S. 171 in Hinsicht auf Verträge — etwas anderes in Beziehung auf letzte Willen anzunehmen habe ich keinen Grund entdecken können — der Satz aufgestellt und vertheidigt ist: wer aus einem Contracte klagt, dessen Doppelsinn nicht kann durch Auslegung beseitigt werden, muss wider sich denjenigen Sinn gelten lassen, welcher für den Gegner spricht.

Insofern finde ich es nicht nöthig auf die Beilage unter C. näher einzugehen; aber auch in jeder andern Hinsicht scheint es mir entbehrlich. Denn die hier anderweit aufgestellten Entscheidungsgründe sind nicht so durchaus neu und eigenthümlich, dass, um die ihnen entgegenstehenden Ansichten denjenigen Lesern auseinander zu setzen, welche dem Präjudize gegenüber dieselben könnten beachtenswerth finden, es mehr bedürfte, als der Verweisung auf die dem gegenwärtigen vorhergehenden

zwei §. §.*). Als Präjudiz steht der Sache nach durch die mitgetheilten Entscheidungen so viel fest: ist letztwillig etwas für milde und nützliche Stiftungen vermacht, ohne dass deren Art und Geltung sich näher bestimmt findet, so wird dasselbe als dem Staate, als dessen das Interesse solcher Institute wahrzunehmen habenden Behörden vermacht angesehen, und Obliegenheit dieser Behörden ist es, dem letzten Willen die nähere, zu Ausführung desselben nöthige Bestimmtheit zu geben.

*) Eine einzige Bemerkung verstatte ich mir: ob §. 5 tit. I. der Polizeiordnung vom 22. August 1661 in der Beilage unter C. beschehenermaassen aufzufassen sei, hängt, bei dem genauen Zusammenhange, in dem derselbe mit §. 4 steht, nicht nur von jenem, sondern auch von diesem ab. Beide §. §. lauten also: C. A. T. I. pag. 1564.

§. 4. „Nachdem auch armen, alten, schwachen und andern dürfftigen Leuten zum besten, von Alters her viel Hospitalien und andre gottselige Stifftungen verordnet, die billich im Stande zu erhalten, So sollen Unsere Cammer-Räthe und Renthmeister krafft dieses Unsers wohlbedächtigen gemessenen Befehlichs, bei Unserer Cammer und in allen Unsern Aembtern (dessgleichen auch Unsere freundlich vielgeliebten Brüdere L. L. L. bei denen Ihrigen zu thun wissen werden) die ungesäumbte Verfügung treffen, dass die milden Sachen, Kirchen- Universität- Communitäten- Schul- Kasten- und Witben-Gelder, Allmosen, Stipendia und dergleichen Stifftungen, wieder in Schwang gebracht, darbei erhalten, deren Fundationen gemäss abgestattet, und Gottes gerechte Straffe, die im widrigen Fall zu befürchten, abgewendet werde. §. 5. Ingleichen sollen Unsere Ober- und andre Consistoria, und sonsten alle Obrigkeiten, Superintendenten und Pfarrern, uff solche Stifftungen fleissige Obacht und Inspection halten, nach denenselben forschen und fragen, Inventaria darüber aufrichten, die Resta, so viel zu erlangen, sambt denen gefälligen Zinsen, eintreiben, nach Inhalt derer Testamenten und anderer Ordnungen nützlich anwenden, treue, redliche, gewissenhaffte, angesessene Vorsteher darzu erkiesen, und alles Fleisses daran seyn, damit mehrer meldte Stifftung wieder in Schwang gebracht, die Zinsen jährlichen erleget, und die Capitalien gnugsam versichert, auch bei entstehenden Concursen mit ihren Befugnissen in acht genommen werden."

Noch bemerke ich: Die Anwendung betreffend, die in der Beilage unter C verschiedenen aus dem Titel de pollicitationibus citirten Stellen gegeben ist, vergleiche man in Bd. 3 der Rechtsfälle den X. Aufsatz S. 142—185.

Beilage A.

Anlangend die Frage, ob das Codicill vom Jahre 1780 eine wirkliche, zu Recht beständige Nacheinsetzung zu Gunsten milder Stiftungen enthalte, so hat der Beklagte dieselbe theils aus innern, aus der Fassung der letztwilligen Disposition selbst hergenommenen, theils aus äusseren, aus der Form des dieselbe enthaltenden Codicills abgeleiteten Gründen zu verneinen gesucht.

Allein was die innern Gründe betrifft, so sind die fraglichen Worte keinesweges nur als eine Idee zu einer künftigen Einsetzung, welche noch zu keinem festen Entschlusse gekommen sei, wie der Beklagte will, zu betrachten, sondern sie enthalten eine verbis directis ausgedrückte, definitive und bestimmt erklärte Willensmeinung, wie die gebrauchten Worte selbst:

> „so verordne ich, dass alsdann mein hinterlassendes Vermögen zu milden und nützlichen Stiftungen angewendet werde."

an die Hand geben. Der Umstand aber, dass der Testator sich noch die Treffung näherer Bestimmungen über die Art und Einrichtung der Stiftungen vorbehalten hat, ändert in der Hauptsache nichts, da die Einsetzung bereits in sich vollendet und abgeschlossen ist, jener Vorbehalt aber dadurch, dass der Testator bis zu seinem Ableben keinen Gebrauch davon gemacht hat, seine Wirksamkeit wieder verloren hat und keinesweges als eine beigefügte Resolutivbedingung zu betrachten ist. Wollte man endlich einwenden, dass der Ausdruck: „milde und nützliche Stiftungen" zu allgemein sei und keinesweges eine personam certam enthalte, als welche im Allgemeinen zu Einsetzungen jeder Art erforderlich sei; so steht dem entgegen, dass, abgesehen von den Zweifeln und mannichfachen Ausnahmen, welchen diese Lehre im Allgemeinen unterliegt, namentlich bei piis causis nach ausdrücklichem Inhalt der Gesetze dieses Requisit nicht erfordert wird.

L. 24. Cod. de episc. et cler. Id quod pauperibus testamento vel codicillis relinquitur, non ut incertis personis relictum evanescat, sed omnibus modis ratum firmumque consistat.

L. 49. eod. Si quis — captivos scripserit heredes, ne videatur quasi incertis personis heredibus institutis, judicium suum oppugnandum reliquisse, sancimus, ejusmodi et talem institutionem pietatis intuitu valere et non esse respuendam.

Unerheblich sind die der Klage entgegengesetzten Einreden der mangelnden Legitimation zur Sache und des zur Zeit noch nicht zustehenden Klagerechtes.

Der Testator hat zwar nur im Allgemeinen verordnet, dass sein Vermögen zu milden und nützlichen Stiftungen angewendet werden solle, allein nach Analogie der sowohl im Civil- als im kanonischen Rechte enthaltenen Gesetze ist für den Fall, dass die milden Stiftungen näher nicht bezeichnet sind, der Staat, welchem der Testator angehörte, als eingesetzt zu verstehen und den Behörden desselben liegt es ob dann die näheren Bestimmungen zu treffen.

L. 28. L. 46. et 49. Cod. de episc. et cler.
Nov. 131. cap. 11.
Cap. 6. X. de testam. et ult. volunt.
Boehmeri jus eccl. prot. Lib. III. tit. 26. §. 31. 32.
Klüber, öffentl. Recht des d. Bundes und der Bundesstaaten. §. 254. Nr. II.
Gönner Staatsrecht §. 415. Nr. VIII.
Elvers von der testamentar. Erbfähigkeit insbes. juristischer Personen (Göttingen 1827).
v. Droste Rechtfertigung des von der Bonner Juristenfacultät in der Sache des Städelschen Kaufinstituts etc. erlassenen Urtheils (Bonn 1827).
Wenck, Progr. De pia causa in eodem testamento et constituta et ad hereditatem vocata (Lips. 1827. 4.).
Dessen Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung des Städtelschen Beerbungsfalles (Leipzig 1828).

Der Testator war zur Zeit seines Todes churfürstl. sächs. Unterthan und Staatsdiener. Es ist daher der ehemalige churfürstliche, jetzt königlich sächs. Staat als eingesetzt zu betrachten und den zu Besorgung und Leitung der

milden und nützlichen Stiftungen in demselben bestellten obersten Behörden, als welche die beiden klagenden Ministerien zufolge der

Verordnung die Einrichtung der Ministerialdepartements betreffend, v. 7. Novbr. 1831. §. 4. sq.

unbezweifelt zu betrachten, steht die nähere Anweisung und Verwendung der hinterlassenen Güter zu dem angegebenen Zwecke zu.

Die Ausflucht des zur Zeit noch nicht zustehenden Klagerechtes endlich erledigt sich dadurch, dass zwar der Anfall des Fideicommisses gegenwärtig noch nicht eingetreten ist, allein das Anrecht auf dasselbe bereits jetzt und seit dem Todestage des Fideicommisserrichters besteht, mithin nach Maassgabe der auf Sicherstellung der dereinstigen Succession abzweckenden Maassregeln sich vollkommen rechtfertigt.

Tit. Plan. ut legator. s. fideicommiss. servandor. causa cav.
Carpzovii Defin. P. III. Const. 8. def. 38. 39.
Leyserii Meditatt. ad Pand. Spec. 407.
Glück Comment z. den Pand. Bd. XVIII. S. 259.
Bergeri Oec. jur. Lib. II. tit. 4. th. 34. not. 6.

In Folge dieser Erörterungen steht es fest, dass die fragliche fideicommissarische Substitution als zu Recht beständig anzunehmen sei.

Beilage B.

Anlangend die gegen die Rechtsbeständigkeit der hier in Frage befangenen Disposition vorgebrachten inneren Gründe, so ist es zwar

1)

nicht zu leugnen, dass in den oben ausgehobenen Worten des Codicills vom Jahre 1780 eine bestimmte Person, welche für den Fall des Abgangs der zur Erbfolge berufenen Familien als Erbe angesehen werden solle, nicht angegeben, namentlich nicht eine gewisse, bereits vorhandene Stiftung oder Anstalt als Erbin eingesetzt ist, die Absicht des Erblassers vielmehr

dahin gegangen zu sein scheint, dass von seinem Vermögen eine besondere Stiftung erst errichtet werden solle, deren Art und Einrichtung näher anzugeben er sich zwar vorbehalten, nachmals aber unterlassen hat, die Anwendbarkeit der die Vermächtnisse ad pias causas begünstigenden Gesetze aber auf letztwillige Verfügungen zu Gunsten erst noch zu errichtender, vom Staate mithin als juristische Personen noch nicht anerkannter Stiftungen von mehreren Schriftstellern in Zweifel gezogen wird,

Mühlenbruch, rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles, Halle, 1828. S. 140. folgd.
Kritz Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen derselben, Bd. I. Leipzig, 1833. S. 51—62.

Auch ist

2)

die Annahme in den Entscheidungsgründen des Urthels erster Instanz, dass für den Fall, wenn die milden Stiftungen äher nicht bezeichnet sind, der Staat, welchem der Testator als Unterthan angehört, als eingesetzt zu verstehen sei, sehr erheblichen Zweifeln unterworfen, und namentlich von

Mühlenbruch a. a. O. S. 61. folgd.
Wenck Progr. de pia causa in eodem testamento et constituta et ad hereditatem vocata, pag. 9. sq. (in Opuscc. Acad. pag. 277.)

gründlich gezeigt worden, dass jene Ansicht höchstens in dem Falle sich rechtfertigen lasse, wenn der Testator zu Gunsten von Staatsanstalten disponirt hat.

Dessen ungeachtet aber ist die hier in Frage befangene Disposition des N. N. vollkommen rechtsbeständig. Denn

zu 1)

die Beschränkung der die letztwilligen Verfügungen ad pias causas begünstigenden Gesetze auf bereits bestehende Stiftungen, oder, mit andern Worten, das Erforderniss einer persona certa bei dergleichen Verfügungen ist weder im römischen, noch im kanonischen, noch im einheimischen Rechte begründet, beruht vielmehr auf einer Verwechselung der durch den Ausdruck pia causa bezeichneten Begriffe. Denn wenn schon dieser Ausdruck dann, wenn von den den piis causis zustehenden besonderen Rechten die Rede ist, aller-

dings eine bestimmte, bereits vorhandene und vom Staate als juristische Person anerkannte und bestätigte Stiftung oder Anstalt bezeichnet,

Kupfer de eo, quod iustum est circa tacitam piarum causarum hypothecam, Lips. 1813. P. gen. §. 10. p. 12. sqq.

Haubold Lehrbuch des k. s. Privatrechtes §. 165.

wie denn z. B. die stillschweigende Hypothek, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand u s. w. nur einer solchen beigelegt werden kann, so ist doch dieser engere Begriff keinesweges da anwendbar, wo von letztwilligen Verfügungen ad pias causas die Rede ist. Hier bezeichnet pia causa lediglich einen frommen oder milden Zweck, wie sich deutlich aus

Novella CXXXI. cap. XII. verb. mit cap. X. und XI.

ergiebt, und dass es hierbei keinen Unterschied macht, ob zu dessen Erfüllung eine bestimmte Anstalt bereits vorhanden ist oder erst noch errichtet werden soll, lässt sich schon aus dem römischen Rechte nachweisen. Wenn man auch auf die nicht glossirte, sondern erst von A. Contius restituirte L. 46. C. de episc. et cler. I. 3, so wie auf die verloren gegangene Constitution Justinians über die Erbeinsetzung unbestimmter Personen und über letzte Willen zu frommen Zwecken,

cf. Tit. Cod. de incertis personis, VI. 48., §. 27. Inst. de legatis, II. 20.

sich nicht beziehen will, so gehören doch hierher sowohl diejenigen Gesetze, welche alle letzte Willen zu Gunsten der Armen oder zu Loskaufung Gefangener für gültig und den Einwand, dass es an einer bestimmten Person des Erben oder Legatars ermangele, für unstatthaft erklären,

L. 13. L. 23. C. de sacrosanct. eccles. I. 2.
L. 24. L. 28. L. 49. pr. et §. 1. C. de episc. et cler. I. 3. (Blt. 453b. folgd. Vol. 1a.)

als auch

Nov. CXXXI. cap. X.

in welcher ausdrücklich der Fall erwähnt wird, dass Jemand in seinem letzten Willen die Erbauung eines Bethauses oder einer milden Anstalt verordnet hat, woraus unzweifelhaft hervorgeht, dass es bei letztwilligen Verfügungen ad pias causas

nicht darauf ankommt, ob eine gewisse, vom Staate als juristische Person anerkannte Anstalt zum Erben oder Legatar ernannt sei, oder nicht, und dass es daher auch der von

Klüber, Abhandlungen und Beobachtungen für Geschichtskunde, Staats- und Rechtswissenschaft, Bd. I. Frankf. a. M. 1830. Nr. IX. S. 330—359.

zu Hülfe gerufenen Fiction einer persona moralis postuma oder eines embryo moralis nicht bedarf.

Das kanonische Recht hat an diesen Grundsätzen nichts geändert, sondern nur hinsichtlich der äussern Form hinzugefügt, dass es zur Gültigkeit solcher Dispositionen der sonst erforderlichen Solennitäten nicht bedürfe, sondern hinreiche, wenn nur der Wille des Testators erwiesen sei,

Cap. 4. Cap. 11. X. de testam. III. 26.

Dagegen scheint zwar das sächsiche Recht, Generale wegen Gültigkeit derer den

piis causis vermachten legatorum vom 16ten September 1746. Cod. Aug. Cont. I. T. I. p. 362.
vergl. Kritz a. a. O. S. 58.

nur von bereits bestehenden Stiftungen zu sprechen; allein abgesehen davon, dass die darin enthaltenen Worte: „auch anderer dergleichen piarum causarum“ und: „andere milde Stiftungen“ die Anwendung dieses Gesetzes auf solche Dispositionen, durch welche der Erblasser die Begründung einer neuen Anstalt oder nur überhaupt die Erreichung eines milden Zweckes beabsichtigte, um so weniger ausschliesst, als das Wort „Stiftung“ doppelsinnig ist und eben sowohl die Begründung einer Austalt durch Aussetzung der dazu nöthigen Hülfsmittel, als eine bereits bestehende Anstalt bezeichnet — so ist doch so viel gewiss, dass durch dieses Gesetz die oben ausgehobenen Vorschriften des römischen und kanonischen Rechts keineswegs haben aufgehoben oder beschränkt werden sollen. Dass man vielmehr auch solche letzte Willen, worin zu Gunsten erst noch zu errichtender milden Stiftungen oder überhaupt zu milden Zwecken verfügt worden, für gültig erachtet habe, ergiebt sich deutlich aus dem

Mandate über die Eröffnung und Bekanntmachung der gerichtlich erklärten oder niedergelegten letzten Willen vom 30sten October 1826 §. 16.

wo ausdrücklich vorgeschrieben wird, dass der Richter, wenn er in einem eröffneten letzten Willen eine Verfügung zu Gunsten einer Kirche, Schule oder andern milden Stiftung findet, den Vorstehern derselben, oder,

„wenn nach der Bestimmung des Testators erst eine Anstalt der §. 15 gedachten Art errichtet werden soll,“

der Behörde, unter welcher dieselbe nach ihrer Errichtung stehen würde, davon Nachricht geben soll. Diese Vorschrift würde ganz müssig sein, wenn der Gesetzgeber nicht auch derartige Dispositionen im Allgemeinen für gültig erachtet hätte. Wenn ferner Beklagter besonders den Umstand hervorhebt, dass der Testator sich über die Art und Einrichtung der von seinem Vermögen in dem angegebenen Falle zu errichtenden milden und nützlichen Stiftungen näher zu erklären sich vorbehalten, solches aber nachmals nicht gethan, dass daher die Einsetzung der milden Stiftungen als in sich vollendet und abgeschlossen nicht angesehen werden könne, so ist zu entgegnen, dass jener Vorbehalt an sich unnöthig war, indem es sich ohnehin von selbst verstand, dass es dem Testator unbenommen blieb, seinen letzten Willen zu erläutern und näher zu bestimmen, dass mithin jene Disposition durch diesen Vorbehalt keinesweges zu einer bedingten wurde und letzterer deren Gültigkeit um so weniger Eintrag zu thun vermochte, als es sogar gestattet ist, die weitere Verfügung über den Nachlass zu milden Zwecken der Willkühr eines Dritten zu überlassen,

Cap. 13. X. de testam. III. 26.

Glück Commentar. Th. XXXIV. S. 21.

Bliebe aber auch nach dem Allen noch irgend ein Zweifel an der Gültigkeit der in Frage befangenen Disposition übrig, so verschwindet derselbe doch ebenfalls, wenn man die Sache aus folgendem Gesichtspunkte betrachtet. Obschon nämlich

zu 2)

der Staat nicht als eingesetzter Fideicommisserbe angesehen werden kann, da hiervon in dem Codicille vom Jahre 1780 sich nicht die geringste Andeutung findet, so würde dennoch nach dem Aussterben sämmtlicher zur fideicommissarischen Erbfolge berufenen Familien das gesammte zum Fideicommisse

gehörige Vermögen ohnehin dem Staate anheim fallen. Es hat nämlich N. N. in seinem Testamente verordnet, dass Keiner seiner Descendenten eine Proprietät, sondern nur den Ususfructus an dem Fideicommisse erlangen solle, und zugleich alle Entäusserung und Verpfändung untersagt. Gleiche Bestimmungen finden sich in den wegen der später erworbenen Güter errichteten Nachträgen, in welchen zugleich die Verfügung enthalten ist, dass nach gänzlichem Abgange seiner Familie sein Vetter X. und dessen Descendenten, und im Falle, dass auch diese nicht vorhanden, die Familie W. und dessen rechtmässige Descendenz in das Fideicommiss „unter denen darin enthaltenen Conditionen" succediren sollen und nur erst, wenn auch diese Familie gänzlich erloschen wäre, solle sein Vermögen zu milden Stiftungen verwendet werden. Offenbar konnte ihm nicht entgehen, dass, da seine Fideicommisserben als blosse Usufructarii, über die Substanz weder unter den Lebenden noch auf den Todesfall zu verfügen berechtigt sein sollen, nach dem völligen Abgange derselben seine Güter als bona vacantia dem Fiscus zufallen würden, und auf diesen Fall ist daher jene Disposition zu beziehen. Der Erblasser hat der Familie W. keinen weiteren Fideicommisserben ausdrücklich substituirt, sondern nur bestimmt, wozu sein sodann erbloses Vermögen verwendet werden solle, welche Bestimmung nach dem oben Ausgeführten völlig rechtsbeständig und auch von dem, welcher einen erblosen Nachlass erhält, zu erfüllen ist,

Mandat, die Grundsätze der gesetzlichen Allodialerbfolge enthaltend vom 31. Januar 1829. §. 135.

Welche Behörden künftig die einzelnen Güter als erblos in Anspruch zu nehmen haben werden, ist in Hinsicht auf die dermalen beantragten Sicherheitsmaassregeln gleichgültig, da die königlichen Staatsministerien des Innern und des Cultus und öffentlichen Unterrichts diejenigen Behörden sind, denen nach der dermaligen Verfassung des Königreichs Sachsen die oberste Aufsicht über alle milde und nützliche Stiftungen obliegt, denen mithin auch sowohl das Recht als die Verpflichtung zusteht, geeignete Maassregeln, wodurch die dereinstige Erfüllung der vom Testator zu milden Zwecken getroffenen Verfügung gesichert wird, zu ergreifen. Wie

hierdurch die Ausflucht der ermangelnden Legitimation zur Sache zugleich beseitigt wird, so wird auch durch diese Ansicht der Sache zugleich dem Einwande fol. begegnet, dass, da der Testator nicht blos sächsischer Unterthan gewesen, und sich zur Zeit der Errichtung des Codicills in einem andern Lande aufgehalten, auch daselbst Güter besessen habe, nicht behauptet werden könne, dass er nur sächsische und keine anderen Stiftungen im Sinne gehabt haben könne.

Beilage C.

Dass die in Frage stehende Stelle des Codicills nicht für eine blosse Aeusserung: künftig zum Besten milder und nützlicher Stiftungen zu disponiren, sondern für eine perfecte Disposition und in den gebrauchten Worten selbst schon enthaltene fideicommissarische Einsetzung anzusehen sei, ist ausser Zweifel gesetzt durch die Worte:

„so verordne ich, dass alsdann mein hinterlassenes Vermögen zu milden und nützlichen Stiftungen angewendet werde."

Der Vorbehalt des Testators sich über die Art und Einrichtungen dieser Stiftungen zu expliciren, welches letztere er nachher unterlassen hat, suspendirt die Gültigkeit dieser Einsetzung keineswegs, da die vorbehaltene Modificationsbestimmung nicht das Wesen der Einsetzung der milden und nützlichen Stiftungen ausmacht und die Gesetze selbst für den Fall, wo Jemand Vermögen zu milden Zwecken gewidmet hat, ohne zugleich die Art der Verwendung näher zu bestimmen, derjenigen Behörde, welcher die Fürsorge für Erhaltung der milden Stiftungen zukommt, zugleich die nähere Bestimmung über die Art der Verwendung übertragen haben.

Nov. 131. cap. 11.

L. 15. Cod. de SS. eccles. (1. 2.) Polizeiordnung vom 22. Juni 1661. Tit. 1. §. 5. (Cod. Aug. Tom. 1. 1564.) Vergl. Verfassungsurkunde vom 4. Septbr. 1831. § 60

und Verordnung vom 7. November 1831. E. II. Gesetzsammlung von diesem Jahre, S. 328.

Daher es dafür des allegirten Cap. 13. X. de testam. (3. 26.), welches nicht auf alle milden Stiftungen zu beziehen ist,

Boehmer Jus eccles. Protest. Lib. III. Tit. 26. §. 50. in fin.

nicht erst bedarf.

Beklagtens Einwand: dass das fragliche Codicill eine institutio incertae personae enthalte und deshalb ungültig sei, ist

a)

in Beziehung auf die im fraglichen Codicill eingesetzten milden Stiftungen bereits in den Gründen des vorigen Urthels ad num. 1. sattsam widerlegt, und auch das vormalige Appellationsgericht hat in Sachen des NN. die Einsetzung einer noch erst zu errichtenden milden Stiftung für gültig anerkannt.

b)

In Beziehung auf die im mehrgedachten Codicill eingesetzten nützlichen Stiftungen, worunter nur gemeinnützige verstanden werden können, liegt aber auch kein Grund vor, diese Einsetzung als die einer incertae personae anzusehen und für ungültig zu erklären. Denn, wenn man auch den Begriff der milden Stiftungen nicht auf blosse gemeinnützige Zwecke auszudehnen hat, da nur einige Vorrechte der milden Stiftungen auch den Städten verliehen waren,

L. 19. C. de SS. eccles. (1. 2.) L. 24. C. eod.

Vergl. Kupfer Diss. de eo, quod justum est circa tacitam piarum causarum hypothecam. Lips. 1813. Parte generali. §. 10 et 11.

Kritz Sammlung von Rechtsfällen. Leipzig 1833. S. 59. Note **.

und die Städte in l. 24. pr. C. eod. von den religiosissimis locis so wie in l. 16. ff de verb. signific. vom Staate selbst unterschieden werden, so deutet Justinian in §. 25. Inst. de legatis (2. 20.) und in den daselbst gegebenen Beispielen unter incertis personis überhaupt nur diejenigen an, deren Indivi-

dualität durch späteren Zufall bestimmt werden soll. Ferner wird nach l. 24. C. de episcop. (1. 3.) die Einsetzung der Armen überhaupt nicht als institutio incertae personae angesehen, eben so wenig nach l. 20 ff. de rebus dubiis die Einsetzung einer unverbotenen Gesellschaft. Die in dem fraglichen Codicill geschehene eventuelle Zuweisung der Erbschaft zur Verwendung auch für gemeinnützige Zwecke, stellt sich in der That für eine neben den milden Stiftungen geschehene Miteinsetzung des Staates dar, so weit er den auf ihn kommenden Theil der Erbmasse zu gemeinnützigen Zwecken verwenden soll. Diese Einsetzung ist also die einer moralischen Person und eben so gültig, als ein dem Staate überhaupt gegebenes Versprechen.

L. 1. pr. ff. de pollicitation. (50. 12.)

L. §. 5. eod.

Daher ist auch die von Beklagtem citirte l. 62. §. 1 ff. de heredib. instituend. (28. 5.) auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

Die vom Beklagten vorgebrachten Zweifel: ob, wenn der Fall der Succession der milden und gemeinnützigen Stiftungen künftig eingetreten sein wird, die Erbmasse lediglich für Stiftungen in königl. sächs. Landen zu verwenden sei? sind in den Gründen des vorigen Urtheils mit Recht als solche betrachtet worden, welche dermalen zur Entscheidung nicht vorliegen. Erst bei der künftigen Succession der Stiftungen kann sie von denjenigen, welche dabei ein rechtliches Interesse haben, zur Erörterung gestellt werden.

Beklagter greift zwar mit Recht den in den vorigen Urtheilsgründen mit aufgenommenen Satz an: dass die Fideicommisserben lediglich in den Niessbrauch des Nachlasses eingesetzt seien, über die Substanz aber selbst der letzte Percipient aus den eingesetzten Familien nicht disponiren könne, folglich nach dessen Abgang die Erbmasse ohnehin dem Staate als bonum vacans zufallen würde, wenn nicht die besagten Stiftungen alsdann zur Succession berufen wären. Denn der Testator hat allerdings in seinem Testamente §. 14. die Proprietät seiner Erbschaft seiner ganzen Posterität vorbehalten, folglich würde, wenn nicht nach deren Aussterben die Stiftungen zur Succession berufen worden wären,

der letzte Percipient aus den eingesetzten Familien allerdings, wie bei jedem andern Familien-Fideicommiss Rechtens ist, über die Erbmasse inter vivos oder mortis causa haben disponiren können und solchenfalls die Masse nicht als ein bonum vacans dem Staatsfiscus zufallen. Allein der Wegfall dieses Entscheidungsgrundes hebt nicht die übrigen Gründe der Gültigkeit des Codicills vom Jahre 1780 auf.

V.

Ueber eine von der Praxis angenommene Form stillschweigender Prorogation des Gerichtsstandes.

§. 1.

Nähere Angabe der bemerkten Praxis.

Man denke sich, mit dem Lucius hat Mävius ein Societätsgeschäft errichtet und in dem Gesellschaftsvertrage haben beide sich dahin vereinigt, dass, wenn in Folge des Contractes und der auf demselben beruhenden Societätsverhältnisse sie unter einander in Streit geriethen, nie ein anderes als schiedsrichterliches, im Voraus festgestelltermaassen aufzurufendes Urtheil entscheiden und insoweit jeder ordentlichen Obrigkeit Competenz solle aufgehoben sein. Späterhin gerathen in solcher Beziehung die Gesellschafter wirklich mit einander in Streit und Lucius, welcher behauptet in Gemässheit des Contractes eine gewisse Summe von Mävius bekommen zu müssen, reicht die gegen letzteren erhobene Klage bei dessen ordentlicher Obrigkeit ein. Mävius erscheint in dem anberaumten Güte- und Rechtstermin und compromittirt, ohne allen Einwand oder Vorbehalt hinsichtlich der Competenz des Gerichtes, auf eine vierzehntägige Frist. Vor deren Ablauf übergiebt er die Einlassung, der er als Exceptionen die Behauptungen vorausgehen lässt:

1) der Contract sei noch gar nicht perfect, er also auch noch nicht des Lucius Gesellschafter geworden, und wäre

der Contract zur Perfection gediehen, so habe dennoch Lucius kein Recht daraus zu klagen, denn dieser selbst habe bereits das Verhältniss für wieder aufgehoben erklärt.

2) Nach Maassgabe der obgedachten contractmässigen Bestimmung hätte nicht vor seiner ordentlichen Obrigkeit, einer im vorliegenden Falle incompetenten Behörde, geklagt, sondern schiedsrichterliches Urtheil ausgebracht werden sollen.

In einem Falle dieser Art waren die drei Instanzen einverstanden darüber, die exceptio fori incompetentis sei abzuerkennen. Die Entscheidungsgründe hielten sie für beseitigt dadurch, dass Beklagter selbst die Mitgliedschaft bestreite*) und sodann — dies sprach insonderheit das Ober-App. Ger. aus-erklärte man, auch der formelle Grund trete ein, dass des Beklagten legitimirter Sachwalter sich in dem Termine zu Güte und Recht ohne Protestation angegeben und namentlich durch Eingehung eines Compromisses die Competenz des ordentlichen Richters anerkannt habe; nichts ändre hieran der eingebrachte Satz und dass unter andern auch *exceptio fori incompetentis* in diesem vorgeschützt sei, denn erst später sei dies Einbringen erfolgt**).

Da nicht mit voller Sicherheit möchte darauf zu rechnen sein, es werde in der Art Fällen jedem Sachwalter die Kunde beiwohnen, dass so viel darauf ankomme, sich nicht ohne Protestation im Termine anzugeben oder gar in demselben ein Compromiss einzugehn, so wird man die Mittheilung des Präjudizes mir danken. Nachstehende Bemerkungen dazu sind durch die Gelegenheit veranlasst, die es mir gab, in Be-

**) Dies Moment fällt von der vorliegenden Betrachtung aus; man wird darauf weiter unten in Verbindung mit Aufsatz VI. zurückkommen.

*) Um so mehr ist in diesem unlängst erst gegebenen Ausspruche eine recepta sententia enthalten, als bereits im Jahre 1839, wo ein Beklagter im Laufe durch Compromiss verlängerter Frist sich einlassen zu wollen erklärt hatte, derselbe ebenfalls in Folge jener Erklärung der exceptio fori incompetentis für verlustig ist erachtet worden.

ziehung auf die sogenannte stillschweigende Willenserklärung einiges zu sagen, was über den concreten Fall hinausliegt. Letzteren betreffend, so ist man einverstanden darüber, dass derjenige, welcher sich vor einem Richter einlässt, dessen Incompetenz ihm bekannt ist, stillschweigend des letzteren Jurisdiction prorogire*). Als Grund führt man an, dass wer wissentlich vor einem incompetenten Richter sich einlässt, den Willen vor demselben sich einzulassen eben so bestimmt erkläre, als seinerseits der Kläger den Willen, ihn hier zu belangen, bestimmtest durch die Klageinreichung manifestirt hat, und also auf gegenseitigem Consense beruhende prorogatio fori eingetreten sei**). Wie weit aber, wenn er weiss, der Process sei bei der incompetenten Behörde anhängig gemacht, Beklagter vor dieser gehen könne, ohne factisch das forum zu prorogiren, das ist eine Frage, die man bald so bald anders beantwortet hat, immer jedoch sehr unbefriedigend. Denn, so viel mir bekannt, sollte die Antwort aus den Quellen entnommen werden, die schon um deswillen hier nicht sicher leiten, weil die Organisation des heutigen Processes nichts weniger als so mit der des römischen übereinstimmt, dass wir genau bestimmen könnten, wenn und wo jene zu dem viel entscheidenden Momente gediehen sei, das für den Römer in der Litiscontestation lag, nicht zu gedenken, dass in verschiedenen Zeiten Form und Bedeutung der Litiscontestation eine sehr verschiedene gewesen und dadurch es nur noch schwieriger geworden ist, die Frage auf jenem Wege zu beantworten.

*) M. s. v. S.'s System des heutigen röm. Rechts. Bd. 3. (S. 247. „Die freiwillige Einlassung vor einem incompetenten Richter gilt als stillschweigende Prorogation; jedoch wird durch Irrthum über die Gerichtsbarkeit diese Wirkung der Einlassung ausgeschlossen."

**) L. 2. de judiciis pr. (5. 1.) consensisse autem videntur, qui sciant se non esse subjectos jurisdictioni ejus et in eum consentiant. Dass statt der drei letzten Worte stehen sollte, *ei se subjiciant*, leuchtet ein. Einfach und richtig sprechen die Basiliken in VII. 5. 12. aus, was gesagt sein sollte.

§. 2.

Zu Lauterbach *colleg. theoret. practic. Lib. II. tit. 1. §. 36.*

Der citirte ältere und zugleich sehr ehrenwerthe Rechtslehrer behandelt die aufgeworfene Frage in der angezogenen Stelle. Diese unterwerfe ich einer näheren Betrachtung, weil sie nicht nur belegt, dass die bemerkte Frage schon zu Lauterbachs Zeit eine bestrittene war, sondern auch wie trüglich es ist, die Antwort darauf nach ausdrücklichen Bestimmungen der Quellen geben zu wollen. Er sagt: Tacita prorogatio fit, si litigantes alienum judicem adierint et omissa fori exceptione *ad litis contestationem* processerint, *illaque*, ut jurisdictio hoc modo prorogetur, *jam vere contestata esse debet* *). L. 4. C. de jurisdict. **). Ante litem enim contestatam exceptio fori opponi potest. Struv. exercit. 4. Lb. 59. ibique Muellerus. Joh. Voet. n. 18 und 19. h. tit. Nec obstat l. f. C. de except. qua moti nonnulli statuunt, etiam ante litem contestatam jurisdictionem prorogari, modo exceptio dilatoria nondum sit opposita ***). Verum contrarium expressum habetur in d. l. 4. et in d. l. fin. per principium litis intelligitur omne id, quod praecedit litis contestationem.

Betrachten wir nun die von Lauterbach citirten Gesetzstellen, so ist allerdings nicht zu leugnen, l. 4. C. de jurisdict. (3. 13.) sagt ganz bestimmt, sobald lis vor der ordentlichen Obrigkeit †) contestirt ist, alsdann bleibt die Appellation gegen hier erfolgte Entscheidung der einzige Weg, auf dem die Sache noch zu eines andern Richters Cognition kann gebracht werden. Wann aber ist lis contestata? Jedenfalls meint die Stelle nicht den Zeit-

*) Demnach versagte Lauterbach der in §. 1. bemerkten Praxis seine Zustimmung. Andre von ihm im obigen Texte citirte noch ältere Rechtslehrer waren der nämlichen Meinung.

**) 3. 13. Nemo post litem contestatam ordinariae sedis declinet examen, nec prius praefecti praetorio aut comitis Orientis, vel alterius spectabilis judicis imploret auxilium; sed appellatione legibus facta ad sacrum auditorium veniat.

***) Da die exceptio dilatoria jedenfalls nur später als die Klageanstellung kann vorgeschützt werden, so fragt es sich, von wo an es prorogatio fori ist, erstere nicht vorgeschützt zu haben.

†) Schwerlich dürfte *ordinaria sedes* anders zu übersetzen sein.

punkt, wo nach neuerer Weise vorliegt, was an dem Klagvorbringen geleugnet oder zugestanden wird. Eben so meint sie schwerlich im Sinne des älteren Rechtes, diejenigen festgeregelten Vorgänge, welche manifestirten, dass nunmehr der Rechtsstreit eröffnet sei. Soll dagegen der Zeitpunkt bezeichnet sein, wo nicht nur in Gestalt der Klage, sondern auch der Einlassung und zugleich der Exceptionen die Mittel des Angriffes und der Vertheidigung vorliegen, der Streit also besimmt abgeschlossene Gestaltung angenommen hat, so wird in der Stelle keine Antwort auf die Frage gegeben, wie lange man sich Zeit nehmen dürfe, um als Vertheidigungsmittel unter andern auch die Behauptung geltend zu machen, aus besonderem Grunde sei der ordentliche Gerichtsstand nicht in dem vorliegenden Fall der competente. L. f. C. de except. (8. 36.) *) giebt uns kein Anhalten darüber, was denn nun principium litis sei. Nach grammatischer Bedeutung des Wortes ist ein Streit vorhanden, sobald ein Angriff und eine dagegen sich richtende Abwehr eingetreten sind. Kann diese Abwehr eingetreten bei uns schon am ersten Terminstage sein, wo in der Regel, wenn die Parteien sich nicht vergleichen, nur so viel klar wird, der Beklagte wolle sich mittels Processes vertheidigen, er greife zu dem Processe als Vertheidigungsmittel, ohne dass über die Art und Weise der Vertheidigung selbst irgend etwas zu den Acten kommt? Zu welchem beliebigen Maximum man auch die Citate aus Quellen und Literatur anhäufe, immer wird man dabei nicht weiter kommen, als mit solchen und ähnlichen Fragen sich erfolglos abzumühen.

Nicht eben für einen unerwünschten möchte ich diesen Zustand halten. Von positiven Aussprüchen über den feststehend angenommenen Begriff tacita fori prorogatio verlassen, dürfen wir uns für ermächtigt, ja genöthigt ansehen, denselben auf sicher leitende Weise aus einem Begriffe, dem der tacita voluntatis declaratio im Allgemeinen zu entwickeln. Indess täuscht mich nicht alles,

*) Praescriptiones fori in principio litis a litigatoribus opponendas esse, legum decrevit auctoritas.

so wird das Resultat sehr negativer Beschaffenheit und der von Beantwortung der Frage eigentlich zu erwartende Gewinn in der Ueberzeugung bestehen, genau genommen gebe es nichts, was man befugt sei, tacitam fori prorogationem zu nennen. An Wichtigkeit gewinnt die Betrachtung des Gegenstandes durch die Beziehung auf tacita voluntatis declaratio überhaupt. Nicht übel wäre es vielleicht jederzeit gethan gewesen, der neueren juristischen Schulen Aussprüche über die sogenannte tacita voluntatis declaratio mit einigem Mistrauen anzusehen.

§. 3.

Ueber die Möglichkeit einer *tacita fori prorogatio.*

Gesetzt X. wird vor einem Gerichte belangt, bei dem er Recht zu nehmen entweder überhaupt oder doch in Betreff des Streitgegenstandes nicht verbunden ist, und er thut das zu seiner Vertheidigung gegen den Anspruch Erforderliche, jedoch ohne allen Gebrauch einer fori declinatoria exceptio. Allerdings bringt auf solche Weise X. sich um die Befugniss, späterhin, wenn zu seinem Nachtheile erkannt worden, das Urtheil als von einer incompetenten Behörde gesprochen und als darum an sich wirkungslos zu bestreiten. In diese Lage aber geräth er, ohne dass wir danach fragen, ob er habe hineingerathen wollen oder nicht, vielmehr giebt die Versäumniss an tempestivem Gebrauche der Exception den Entscheidungsgrund ab und von einer stillschweigend auf die exceptio fori incompetentis geleisteten Verzicht oder tacita prorogatio fori kann man also unter solchen Umständen eben so wenig sprechen als von stillschweigender Begebung der exceptio solutionis oder transactionis die Rede ist, wenn sie nicht ist vorgeschützt worden, obschon sie mit gutem Erfolge sich hätte vorschützen lassen. Sachwidrig ist es, jene Versäumniss eine stillschweigende Verzicht zu nennen. Denn ein Gegenstand von Erörterungen kann diess offenbar nur unter der Voraussetzung werden, dass der Beklagte behauptet, un-

schädlich müsse sie ihm und also noch nachträglich davon Gebrauch zu machen verstattet sein, weil er früher keine Kenntniss von der Incompetenz des Gerichtes gehabt habe. Während nun aber einerseits davon in gegenwärtigem Zusammenhange abzusehen ist, inwiefern eine solche Unkunde nur unter besonders modificirenden Umständen könne in Betracht kommen, ist andrerseits gewiss, dass Niemand vermag zu verzichten auf das, was er nicht kennt; somit kann der Nichtgebrauch der exceptio fori incompetentis nie zu Erörterungen über darauf gethane Verzicht, sondern nur über schädliche oder unschädliche Versäumniss hinauslaufen. Nehme ich nun weiter alles durch, was sonst noch in Beziehung auf ein incompetentes forum im Laufe des Processes geschehen oder nicht geschehen kann, so macht die Ueberzeugung, eine prorogatio fori sei jedenfalls nur dann vorhanden, wenn sie unzweideutiger Weise vorliegt, mir es unmöglich, eine *tacitam* fori prorogationem zu entdecken. Gesetzt A hat ausgesprochen: vor dem (hinsichtlich des A. Person oder nach der Eigenthümlichkeit des Streitgegenstandes incompetenten) Richter X. wolle er Recht leiden. Hier liegt eine in W o r t e n und also ausdrücklich erfolgte prorogatio fori vor. Denn da Niemandem einfallen wird, den Beklagten danach zu fragen, ob er thun wolle, was er ohnehin muss, nämlich Recht bei dem competenten Richter nehmen, so hat die Zusage keinen andern als d e n Sinn, obschon der Richter incompetent oder doch möglich ist, dass er incompetent sei, jedenfalls will ich bei demselben Recht leiden. Demnach pflegt auch eine Erklärung solcher Art nur in der Verbindung vorzukommen, wo die Parteien über eine von der gesetzlichen abweichende Frist des ersten Verfahrens compromittiren, und der Beklagte erklärt, dass er binnen einer solchen die Litiscontestation einreichen wolle. Ist nun dies vor einem incompetenten Richter geschehen, so sieht man nicht ein, wie darin eine Verzicht auf die exceptio fori incompetentis liegen könne. Denn die Litiscontestation an sich erkennt die Statthaftigkeit der Klage weder in materieller noch in formeller Hinsicht an, sondern thut dies nur in dem

Falle, wo sie nicht eventuell und in Verbindung mit Exceptionen erfolgt, die diese Statthaftigkeit bestreiten. Es müsste also eine solche Erklärung, sollte darin eine prorogatio fori liegen, zugleich aussprechen, nicht blos eventuel wolle man litem contestiren, sondern im Voraus begebe man sich des Gebrauches declinatorischer Ausflüchte. Denn ohne den Hinzutritt anderweiter, zu einer andern Auffassung nöthigender Umstände, hat man bei jeder eines mehrfachen Verständnisses fähigen Erklärung vorauszusetzen, sie sei in dem des Erklärenden Rechtszuständigkeiten am wenigsten beschränkenden Sinne erfolgt. Nicht vermag ich für einen solchen Umstand die im Güte- und Rechtstermine ohne Protestation gegen die Competenz des Gerichts bewirkte Angabe zu erachten. Als Gütetermin ist er kein Bestandtheil des Rechtsstreites und wer thatsächlich erklärt, nichts habe er dagegen, dass zwischen ihm und dem Gegner ein incompetenter Richter Frieden zu stiften suche, unterwirft demselben hinsichtlich des Streites sich eben so wenig, als Aulus, indem er verstattet, dass ein Freund des Balbus ihm zuredet, diesem freiwillig eine geforderte Summe zu bezahlen, jenem Vermittler dadurch will das Schiedsrichteramt zwischen ihm und Balbus übertragen haben. Als Rechtstermin ist jener Termin kein materieller, sondern nur ein formeller Bestandtheil des Rechtsstreites. Denn zu einer Rechtsvertheidigung kommt es an dem Terminstage nicht, vielmehr ist derselbe nur das Moment, von dem an die Frist für die Vertheidigung durch Litiscontestation und Einreden jeder Art laufen soll, weshalb denn an jenem Tage der exceptio fori incompetentis mit keiner Sylbe gedacht zu haben, um so weniger für eine fori prorogatio gelten sollte, als der Beklagte eben so wie jedes andere Mittel seiner Vertheidigung auch die Ausflucht des incompetenten Gerichtsstandes vor dem Richter zur Cognition bringt, bei dem die Klage ist eingereicht worden. Kurz: sobald die Versäumniss der exceptio fori declinatoria vorliegt, kann die Rede von keiner stillschweigenden Begebung ihres Gebrauches sein, und ehe und bevor jene vorliegt, giebt es kein positives oder ne-

gatives factum, das unzweideutig genug wäre, um daraus mit begreiflicher Nothwendigkeit zu folgern, vor dem incompetenten Richter wolle der Beklagte Recht leiden.

Vb.

Literarischer Nachtrag.

§. 1.

Einleitende Bemerkungen.

Dass wir von tacita fori prorogatio lesen, das rührt daher, dass die moderne Jurisprudenz von tacita voluntatis declaratio spricht, während das röm. Recht sich über Formen der Willenserklärungen nur in denjenigen Beziehungen verbreitet, wo für besondere auf Willenserklärung beruhende Geschäfte eine dafür besonders festgestellte Form erfordert wurde. Wo das nicht der Fall war, beschränkte es sich auf die negative Bemerkung: es werde nicht mehr erfordert, als dass man gewollt und dieser Wille auf irgend eine Weise sich kund gegeben habe. Die moderne juristische Theorieensucht, die in der Abgestorbenheit des lebendigen praktischen Geistes keinen Schritt ohne eine von aussen gegebene Regel zu thun wagt, stellt über Formen der Willenserklärungen Vorschriften auf, die schon um deswillen ohne allen Werth sind, weil sie von auffallender Unklarheit der Vorstellungen ausgehen. Nachstehend dazu der Beweis. Das Resultat ist, dass wir sehr Unrecht haben, anders zu verfahren als die Römer, mehr sagen zu wollen als diese; nämlich nur soviel: wo ein Geschäft keine besondere Form der Willenserklärung erfordert, da genügt es, den Willen auf irgend eine unzweideutige Weise ausgedrückt zu sehen.

§. 2.

Zu v. S.s System des heutigen röm. Rechts. Bd. III. §. 131 u. 132. S. 242 — 252.

Da keine Erklärung eines Willens denkbar ist ohne etwas, worin er sich wahrnehmbar macht, manifestirt, ausdrückt *), so ist gleich von Haus aus die auch v. S. angenommene Eintheilung in ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärungen befremdend. Denn da ausgedrückt, das ist, mit einem andern Worte, ein ausdrücklicher, jeder Wille sein muss, den wir als einen existirenden prädiciren sollen, so ist es zuverlässig nicht zu loben, wenn man auf eine Weise classificirt, die das wesentliche Requisit aller erklärten Willensmeinungen, nur einigen zuzugestehen, andern abzusprechen scheint **). Indess da für alle Operationen des Geistes die Sprache als gewöhnlichste Weise des Ausdrucks dient, so gewinnt es das Ansehen, die stillschweigenden Willenserklärungen unterschieden von den ausdrücklichen sich in der Maasse, dass sie nicht wie diese vermittelst der Sprache oder deren Stellvertreterin, der Schrift, sondern auf eine der Sprache sich enthaltende Weise oder wohl gar durch blosses Stillschweigen ausgedrückt würden. Allein weder mit dem einen noch mit dem andern treffen wir die Meinung v. S.s. Denn von der stillschweigenden Willenserklärung unterscheidet er in §. 132 die durch Schweigen und zu der ausdrücklichen zählt er auch die, welche sich blos in Geberden, z. B. Zunicken ausspricht, wobei er — zu was Nutzen und Frommen es gesagt sein solle, ist nicht abzusehen — die Bemerkung macht: nicht leicht werde ein ganzes Rechtsgeschäft durch blosse Geberden zu Stande kommen, vielmehr dann die

*) v. S. am a. O. S. 242. „Der Wille als eine innere Thatsache kann nur mittelbar, durch eine sinnlich wahrnehmbare Thatsache erkannt werden.“

**) Von andern beliebten Benennungen der nämlichen Classification von Willenserklärungen, ohne die nun einmal die Neueren nicht glauben durchkommen zu können, finden — m. s. u. a. S. 242 u. 243 — auch v. S.s Beifall nicht.

Erklärung meist aus Worten und Geberden gemischt sein*). Allerdings und wie auch v. S. annimmt, wird, wenn wir von einer expressa und einer tacita voluntatis declaratio sprechen, der Unterschied nur auf der Verschiedenartigkeit der äusseren Thatsachen beruhen können, durch die sich der innere Akt des Willens erkennbar macht; worin soll aber diese Verschiedenartigkeit bestehen? Darin, dass bei ersterer jene äussere Thatsache allein die Bestimmung habe, als Kennzeichen des Willens zu dienen, bei letzterer, der tacita voluntatis declaratio, eben diese Thatsache zunächst eine andere selbstständige Bestimmung haben soll, jedoch also, dass sie daneben auch den Ausdruck des Willens in sich schliesse. Also: wenn ich an jemanden einen Brief schreibe, so ist dieser Brief eine

*) Hierbei citirt v. S. die l. 6. de R. C. (12. 1.) und l. 58. pr. de hered. instit.

Certum est, cujus species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quae nominis vice fungitur, qualis quantaque sit ostenditur. Nam et Pedius libro primo de stipulationibus nihil referre ait, proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur; quatenus mutua vice fungantur, quae tantundem praestent.

L. 58. pr. de hered. Nemo dubitat, recte ita heredem nuncupari posse, hic mihi heres esto, cum sit coram qui ostenditur.

Dass in beiden Stellen eine eben so wenig allein durch Worte als allein durch Geberden ausgedrückte Willenserklärung vorkommt, wer müsste das nicht zugestehen? Jedoch weil der gebildete Laie eine seltsame Vorstellung von der Jurisprudenz der Juristen bekommt, wenn er bei ihnen dergleichen gelehrt findet, so muss man zu Ehren der römischen Juristen dagegen protestiren, dass eine solche Bezugnahme auf ihre Schriften bei dem Halbunterrichteten die Meinung erregt, auch die Römer hätten so etwas gelernt und gelehrt, während vielmehr beide Stellen davon, dass man seinen Willen durch eine Verbindung von Worten und Geberden ausdrücken könne, als von etwas sich von selbst Verstehendem ausgehend, nur die Frage beantworten, ob die feierlichen Willenserklärungen bei Stipulationen und Testamenten gestatteten, die Rede durch Geberden zu ergänzen. Wer eines Beispiels bedürfen sollte, um sich jene gemischte Form der Wilenserklärungen anschaulich zu machen, dem könnte dazu besser als Pandectenfragmente die Vorstellung eines Mannes dienen, der in ein Gasthaus tritt, Platz vor dem gedeckten Tische nimmt, und dem Kellner den Namen eines auf der Speisecharte eingetragenen Gerichtes zuruft.

äussere Thatsache; schriebe ich ihn ganz gew ss nicht, wenn ich nicht beabsichtigte, dadurch Nachricht von der Genesung eines Freundes zu geben, so hat dieser Brief zunächst nur diese Bestimmung; benutze ich daneben die Gelegenheit, den Brief auch die Erklärung enthalten zu lassen, ich wolle dem Adressaten ein Buch zu einem gewissen Preise abkaufen, so habe ich, nach v. S., halte ich mich streng an seine Worte, meinen Willen stillschweigend erklärt. Indess aus den unmittelbar darauf folgenden Worten*) sieht man, was v. S. meint; ausdrückliche Erklärungen sind ihm diejenigen, welche in mündlicher oder schriftlicher Rede oder auch in blossen Geberden abgegeben werden, somit aber sind von ihm stillschweigende (abgesehen von den näheren positiven Kennzeichen, die v. S. weiterhin für dieselben zu geben sucht) jedenfalls zunächst negativ dahin bestimmt, dass sie nicht durch mündliche oder schriftliche Rede, auch nicht mittels Geberden abgegeben werden. Jedoch einen Werth hat diese Unterscheidung nur dann, wenn die also unterschiedenen Willenserklärungen gegenseitig mit verschiedenen Wirkungen verbunden sind. Unter sich verschiedene Wirkungen der ausdrücklichen und der stillschweigenden Willenserklärung giebt aber v. S. nicht an. Jedoch für eine Eigenthümlichkeit der „in Worten enthaltenen ausdrücklichen Willenserklärungen“ hält er es — S. 244. — dass „sie eben so wie die Gesetzgebung einer Auslegung empfänglich und oft bedürftig seien.“ Diese Eigenthümlichkeit ist keine. Allemal wo Jemand sich irgend eines Verfahrens als des Organes bedient, seine Willensmeinung auszudrücken, ist die Alternative gegeben, dass das gewählte Verfahren diesem Zwecke vollständig oder nur unvollständig entspricht; letzteren Falles wird die Willensmeinung nicht vollständig deutlich ausgedrückt sein. Um diese Deutlichkeit, wenn sie uns Bedürfniss ist, her-

*) „Das Mittel“ — S. 243. — „der ausdrücklichen Erklärung kann bestehen in mündlicher Rede, in schriftlicher Rede oder auch in blossen Geberden, so z. B. wenn derjenige, welchem ein bestimmter Vertrag angeboten wird, seine Einwilligung durch blosses Zunicken ausdrückt.“

zustellen, suchen wir nach hinreichenden Gründen uns des eigentlichen Sinnes zu versichern, welchen vollständig auszudrücken nicht mittels des gewählten Verfahrens gelungen ist. Was thut der Wortinterpret anderes? Hierbei wiederholt v. S., jedoch in einigermaassen abgeänderten Worten seine Definition der stillschweigenden Willenserklärungen, indem er sagt, „sie bestünden in solchen Handlungen, welche zwar selbsständige Zwecke hätten, zugleich aber auch als Mittel für die Erkenntniss des Willens dienten.“ Damit sind alle nur ersinnliche Handlungen zu stillschweigenden Willenserklärungen gestempelt. Denn kein der Ueberlegung fähiger Mensch thut etwas ohne Zweck, welcher, indem er der Zweck nur eben dieses Thuns ist, auch dessen selbstständiger Zweck ist, und da der Mensch, was er eben thut, nicht gethan hätte, wäre es nicht sein Wille gewesen, diesen oder jenen factischen Zustand durch sein Thun herbeizuführen, so ist auch jedes Thun geeignet Erkenntnissmittel eines Willens zu sein. Wie passt ferner jene Definition zu dem ersten — S. 246 u. 247. — gegebenen, aus l. 2. §. 1. de pactis (2. 14.) *) entnommenen Beispiele? Giebt Titius seinem Schuldner dessen Schuldbekenntniss zurück oder verordnet er in seinem Testamente (l. 7. C. de remiss. pign. — 8. 26. **), dass von dem Erben Schuld- und Pfandverschreibung dem Erborger zurückgegeben werde, so findet einerseits Jedermann hierin den Willen ausgedrückt, dass der Schuld- und Pfandnexus solle als erloschen angesehen sein, andererseits vermag aber auch Niemand darin einen andern Zweck als nur eben den Ausdruck dieses Willens zu entdecken.

Mit welchem gesunden Verstande die röm. Juristen verfuhren, indem sie die Kennzeichen erfolgter Willens-

*) Et ideo, si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem: profuturamque ei conventionis exceptionem placuit.

**) Creditricem patrui tui sub obligatione fundi, qui per chirographum nexus pignori fuerat, jubentem eandem cautionem reddi, pignoris etiam jus remisisse videri manifestum est.

erklärung theoretisch zu fixiren nirgends unternommen, sondern darauf sich beschränkt haben, nur hinsichtlich der Rechtsverhältnisse, welche eine in besonderer, denselben eigenthümlicher Form erfolgte Willenserklärung erforderten, diese Form genau zu erörtern, das belegt die unten abgedruckte Stelle aus v. S., wo er auf die vorstehend mitgetheilte Definition stillschweigender Willenserklärungen Regeln — m. s. den Schluss erwähnter Stelle — über dieselben geben will *). Da diese Regeln nicht eigenthümliche Wirkungen stillschweigender Willenserklärungen feststellen sollen, so können sie nur das Dasein derselben betreffen, müssten also, um Regeln zu sein, abstract aufgefasste Normen geben, die uns in den Stand setzten, in jedem concreten Falle mit Sicherheit zu bestimmen, ob eine Willenserklärung vorliege und worauf dieselbe

*) S. 245 u. 246. „Sollen sie“ (die auf selbstständige Zwecke gerichteten Handlungen) „dafür gelten“ (für Mittel zu Erkenntniss des Willens) „so muss ein sicherer Schluss möglich sein von der vorgenommenen Handlung auf das Dasein des Willens. Die Annahme einer stillschweigenden Erklärung beruht also stets auf einer wirklichen Beurtheilung der einzelnen Handlung, mit Rücksicht auf alle Umstände„ von welchen sie begleitet ist, und diese Beurtheilung nimmt hier dieselbe Stelle ein, wie bei der ausdrücklichen die Auslegung der gebrauchten Worte. Nicht selten wird die Handlung für sich allein gar nicht als Willenserklärung gelten können, sondern es wird dazu der positiven Mitwirkung äusserer Umstände bedürfen; aber auch wo aus ihr allein ein Schluss auf den Willen in der Regel wohlbegründet sein mag, kann derselbe dennoch durch entgegenwirkende Umstände entkräftet werden. Diese werden oft ganz individueller Natur sein, also lediglich in dem besondern Hergang eben dieser einzelnen Handlung liegen; sie können aber auch einen allgemeineren Charakter an sich tragen, so dass sie sich auf gemeinsame Regeln zurückführen lassen. So wird die Wirksamkeit einer Handlung als stillschweigender Willenserklärung vor Allem entkräftet durch eine ausdrückliche Gegenerklärung, welche Protestation oder Reservation genannt wird. Ferner wenn die Handlung eine erzwungene ist, weil nun der Handelnde nicht die Absicht gehabt hat, seinen Willen auszudrücken, sondern sich nur dem gedrohten Uebel entziehen wollte. Endlich auch wenn die Handlung auf einem solchen Irrthum beruht, dass sie um seinetwillen nicht als Ausdruck jenes Willens gelten kann. Alle diese Regeln werden durch folgende in unsern Rechtsquellen vorkommende Anwendungen anschaulich werden.

gerichtet sei. Statt dessen aber enthalten jene angeblichen Regeln geradezu das Bekenntniss, unmöglich sei es, dergleichen zu geben; denn sie belehren uns, dass in jedem concreten Falle sich die Beurtheilung desselben auf ihm eigenthümliche Weise normire.

§. 3.

Die wahre theoretische Vereinigung der bei v. S. unter dem Namen stillschweigende Willenserklärungen begriffenen Casuistik.

Jeder Irrthum ist eine misverstandene Wahrheit, so auch die irrige und nach keiner Richtung hin zu einem Resultat führende Theorie von stillschweigenden Willenserklärungen. Darüber Folgendes:

Jeder, der ein verbindendes oder liberirendes Rechtsverhältniss will geltend machen, zu dessen Dasein erfordert wird, dass demselben eine (einseitige oder gegenseitige) Willenserklärung vorhergegangen sei, muss diese als den Grund des Anspruchs oder der Befreiung erweisen. Dieses Beweises aber bedarf es nicht, insoweit auf Seiten desjenigen, gegen welchen an sich der Beweis würde zu richten gewesen sein, bereits eine Handlung vorliegt, welche, indem sie wie überhaupt jede Handlung ein Motiv muss gehabt haben, als Motiv keinen andern als den eben in Frage stehenden Willen erkennen lässt. So z. B. wenn Jemand eine Summe Geldes als den Preis einer gewissen Leistung angenommen hat, so überhebt er den Gegner des Beweises, dass die Leistung um den Preis habe erfolgen sollen; denn in einem solchen Geben und Nehmen spricht sich ja eben aus, dass man über Preis und Leistung einig gewesen, und d a r u m ersterer gegeben und genommen worden sei.

Ferner brauche ich nicht zu beweisen, dass mein Gläubiger mir auf ein Jahr Prolongation gegeben, wenn er, nachdem der Zahlungstermin eingetreten war, Zinsen auf ein zweites Jahr von mir angenommen hat *). Die

*) L. 57. pr. de pactis (2. 14.). Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat.

Zinsen sind hier der Preis der in der weiteren Ueberlassung des vorgeschossenen Capitals bestehenden Leistung.

Eben so der in l. 12. de evict. (12. 2.) bemerkte Fall. Quidam ex parte dimidia heres institutus universa praedia vendidit: et coheredes pretium acceperunt: evictis his, quaero, an coheredes ex emto actione teneantur? Respondi, si coheredes presentes adfuerunt, nec dissenserunt, videri unumquemque partem suam vendidisse *). Wenn Jemand **) einen für ihn von einem andern bis zu einem gewissen Punkt geführten Process von da an selbst fortführt, so fragen wir nicht danach, ob er des andern Processführung hat ratihabiren wollen ***). Denn die Frage wäre eine thörichte, weil für Jedermann einleuchtenderweise es unmöglich ist litem ab alio inchoatam persequi, ohne zugleich die bisherigen processualischen Vorgänge zur Basis der späterhin darauf folgenden zu machen.

In den eben bemerkten Fällen wird die Gewissheit, es habe der Wille zu verkaufen, den Credit zu prolongiren, die Processführung zu ratihabiren, stattgefunden, so entschieden hergestellt sein, dass nur ein directer Gegenbeweis möglich bleibt. So z. B. wenn aus den Probatorialartikeln die Ueberzeugung resultirte, nach Eintritt des Zahlungstermines habe der klagende Gläubiger Zinsen für ein weiteres Jahr angenommen, so ist es immer noch denkbar und möglich, dass diese Ueberzeugung von dem Gegenbeweise erschüttert, ja vielleicht die entgegengesetzte hervorgerufen wird. Allein so lange jene Thatsache als unbezweifelt gewiss gilt, so lange ist es auch unmöglich, anderweite factische Umstände zu erweisen, die das Resultat aus jener aufzuheben ver-

*) Niemandem, möchte ich glauben, werde es schwer fallen, selbst sich verschiedene, jedoch in der vorliegenden Beziehung wesentlich gleiche Fälle auszusinnen.

**) L. 5. Ratam rem haberi. (46. 8.) Non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu; denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur: non esse commissam stipulationem.

***) D. h. in Beziehung auf den Gegner fragen wir nicht danach; in Beziehung auf denjenigen, welcher den Process geführt hat, steht die Sache anders.

möchten. Das Nämliche gilt in Fällen, wie l. 2. §. 1. cit. de pactis und l. 7. C. de remissione pignoris sie erwähnen.

Dagegen giebt es aber auch andere Thatsachen, in welchen keine entschiedene Nothwendigkeit, sondern nur mehr oder weniger Wahrscheinlichkeit dafür wahrnehmbar ist, dass der ein Rechtsverhältniss bedingende Wille existent geworden sei. Man nehme z. B. die Stellen in l. 14. und 15. C. de solution. (8. 43.) *). Liegt weiter nichts vor, als dass das Schulddocument sich nicht mehr in des Gläubigers, sondern in des Schuldners Händen befindet, so fällt uns allerdings ein, die Schuld dürfte getilgt sein. Allein auf mehr als eine Weise können die Umstände es fügen, dass ein Schuldschein in die Hand des Schuldners zurückkommt, ohne dass Zahlung oder Erlass der Schuld hat statt gefunden **). Hierauf beschränkt sich, was als abstracte juristische Wahrheit hinsichtlich der am a. O. (S. 246—248.) bei v. S. aufgeführten Fälle stillschweigender Willenserklärungen sich sagen lässt. Davon die Anwendung auf die gestio pro herede als eine species der tacitae voluntatis declaratio zu machen, bleibt billig dem Leser selbst überlassen. In Betreff der bei v. S. am a. O. mit aufgezählten tacita fori prorogatio ist bereits oben das Nöthige auseinandergesetzt worden.

Nur noch eine Bemerkung über den einzigen, vorstehend noch nicht erwähnten der bei v. S. am a. O. hervorgehobenen Fälle. Dieselbe kann dazu dienen, die

*) Pecuniae solutae professio collata instrumento, majorem rei gestae probationem continet, quam si chirographum acceptae pecuniae mutuae fuisset redditum.

L. 15. Quod debitori tuo chirographum redditum contra voluntatem tuam adseveras, nihil de jure tuo diminutum est. Quibuscumque itaque argumentis jure proditis hanc obligationem tibi probanti, eum pro hujusmodi facto liberationem minime consecutum, judex ad solutionem debiti jure compellet.

**) Eben so bei einem durchstrichenen Schuldbekenntnisse. l. 24. de probat. (22. 3.) Si chirographum cancellatum fuerit, licet praesumtione debitor liberatus esse videtur, in eam tamen quantitatem, quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenitur.

Unklarheit anschaulich zu machen, die man mit den sehr müssigen terminologischen Worten stillschweigende Willenserklärung zu verbinden pflegt. v. S. sagt S. 248: „Wenn Jemand eine fremde Sache verpfändet, der Eigenthümer aber die Pfandurkunde unterschreibt, so liegt darin eine stillschweigende Einwilligung in die Verpfändung." Vorher hatte er die ausdrückliche Willenserklärung definirt als eine, die sich in mündlicher oder schriftlicher Rede dargelegt hat. Da nun aber wer ein Document — somit eine schriftliche Rede — unterschreibt, dieselbe zu seiner schriftlichen Rede macht, so bewirkt er eben dadurch, was v. S. ausdrückliche Willenserklärung nennt.

Noch befremdender wird die so eben mitgetheilte Bemerkung, wenn man sie mit dem dabei citirten Fragmente vergleicht *). Wie war der Fall gestaltet? Von Lucius will Titius, Vater des emancipirten Cajus, Geld aufnehmen und dafür des letztern Haus zum Unterpfande bestellen, wozu er von Cajus weder in einer von diesem untersiegelten, noch eigenhändig von demselben ausgestellten Urkunde die Erlaubniss erhalten hat. (Non signo suo aut alia scriptura patri accomodavit consensum.) Titius ist behindert das desfalls an Lucius auszustellende Document eigenhändig zu schreiben. Hinsichtlich des weiteren Verlaufes lässt das Fragment einen wesentlichen Umstand in Ungewissheit. Ist Titius nicht auch behindert, das chirographum zu unterschreiben oder ist er auch daran behindert? Ersteres angenommen, so schreibt auf des Vaters Verlangen Cajus nieder: „ich Titius be-

*) L. 26. §. 1. de pignor. (20. 1.) Pater Sejo emancipato filio facile persuasit, ut, quia mutuam quantitatem acciperet a Septitio creditore, chirographum perscriberet sua manu filius ejus, quod ipse impeditus esset scribere, sub commemoratione domus ad filium pertinentis pignori dandae: Quaerebatur, an Sejus inter caetera bona etiam hanc domum jure optimo possidere possit, cum patris se hereditate abstinuerit, nec metuiri ex hoc solo, quod mandante patre manu sua perscripsit instrumentum chirographi, cum neque consensum suum accomodaverat patri, aut signo suo, aut alia scriptura? Modestinus respondit, cum sua manu pignori domum suam futuram Sejus scripserat, consensum ei obligationi dedisse manifestum est.

kenne, von Lucius 1000 Thaler erborgt zu haben und setze dafür ihm zum Unterpfande ein das Haus unter Num. 25." (welches dem Cajus gehört). Dann unterschreibt Titius. Solchenfalls hat Cajus gar nicht unterschrieben. Allein dafür, dass er in die Verpfändung gewilligt habe, bedarf es keines besonderen Beweises. Denn indem er zufrieden war, dass sein Vater eine Urkunde des gegebenen Inhaltes unterschrieb, war er offenbar auch zufrieden, dass dieser das in Frage stehende Haus verpfändete. Hiernächst möchte man aber auch glauben, dass, wer am Schreiben behindert, nicht vermag den Text einer Urkunde niederzuschreiben, auch nicht im Stande ist, die Unterschrift zu bewirken. Dies von Titius vorausgesetzt, hat Cajus im eignen Namen bekannt, dass jener erborgt und dafür sein, des Cajus, Haus verpfändet hat. Wer aber ein Haus als ein verpfändetes, d. h. wirklich verpfändetes prädicirte, ist nicht in der Lage späterhin dies Prädicat des Hauses abzuleugnen. Hier liegt also, vorausgesetzt, das Verhältniss ist beschaffen gewesen, wie es überwiegender Wahrscheinlichkeit nach der Fall war, eine Willenserklärung vor, die v. S. eine ausdrückliche nennen muss.

§. 4.

Ueber diejenige Einwilligung, welche nach v. S. (§. 123. S. 248—252) durch blosses Schweigen soll bewirkt werden.

Es werden bei v. S. sechzehn verschiedene factische Verhältnisse aufgezählt *), in welchen nach röm. Rechte

*) (1) „Wenn der Vater seine Tochter verlobt, so gilt das blosse Schweigen der Tochter als Einwilligung. Eben so, (2) wenn die Tochter sich selbst verlobt, das Schweigen des Vaters. — Die (3) Adoption im engeren Sinne wird gültig schon durch das blosse Schweigen des Adoptirten. Eben so verhält es sich auch (4) mit der Emancipation. — Wenn (5) ein Vormund eine anwesende Person als Bürgen benennt, und dieser ohne zu widersprechen die Eintragung in das Gerichtsprotokoll geschehen lässt, so ist er dadurch wirklich Bürge geworden. — (6) Die Ehe eines in väterlicher Gewalt stehenden Kindes wird nur durch des Vaters Einwilligung gültig; als Einwilligung aber gilt das blosse Stillschweigen des Vaters, wenn diesem die Ehe

blosses Schweigen das Nämliche soll bewirkt haben, was die erklärte Einwilligung bewirkt hätte. Da nun jene sechzehn Verhältnisse durchschnittlich nichts als die Autorität der röm. Praxis für sich haben, auch von keinem röm. Juristen uns berichtet wird, dass man in der angegebenen Beziehung die Praxis für abgeschlossen angesehen habe, so kann, wenn hier in der That dem Schweigen und nichts als dem Schweigen sollte die gedachte Wirkung zuerkannt worden sein, der Grund davon nur in irgend einer jenen Verhältnissen ausschliesslich eigenthümlichen Beschaffenheit gelegen haben, welche hier und nur hier eine solche besondere Wirkung des Schweigens hervorrief. Ehe und bevor eine solche Eigenthümlichkeit auf überzeugende Weise sich hervorgehoben findet, bleibt es ungewiss, ob es nicht blos Zufall sei, dass die römischen Rechtsbücher nach v. S. für sechzehn Fälle vorschrieben, was sie vielleicht der

bekannt ist. — (7) Der Vater, welcher die Ernennung seines Sohnes zum Decurio einer Stadt weiss, und dazu schweigt, wird als einwilligend betrachtet. — Wenn (8) eine geschiedene Frau dem Manne ihre Schwangerschaft anzeigt, so gilt dessen Schweigen als Anerkennung des Kindes. — (9) Wird die Ehe einer filiafamilias aufgelöst, so kann der Vater nur mit Einwilligung der Tochter auf Rückgabe der dos klagen; jedoch gilt ihr Stillschweigen als Einwilligung. — (10) Wenn der Erbe, der durch Testament zur Restitution der Erbschaft verpflichtet ist, die einseitige Besitzergreifung des Fideicommissars weiss und dazu schweigt, so gilt dieses als Restitution. — (11) Das Schweigen des Vaters zu einem Gelddarlehn, welches sein Sohn aufnimmt, gilt als Einwilligung. — (12) Eben so das Schweigen des Vaters oder Herrn, wenn der Sohn oder Sclave mit dem Peculium Handelsgeschäfte treibt; hier hat die Einwilligung die Folge, dass sich der Vater die für ihn ungünstigere tributoria actio gefallen lassen muss. — (13) Der Vermiether, der den Miether nach geendigter Miethzeit den Gebrauch der Sache stillschweigend fortsetzen lässt, hat damit den Miethcontract verlängert — (14) Wenn ohne Auftrag des Schuldners Bürgschaft geleistet wird, der Schuldner aber dazu wissentlich schweigt, so gilt dieses als Mandat. — (15) Das Urtheil eines Schiedsrichters verpflichtet die Parteien zur Erfüllung des Inhalts nur, wenn sie einwilligen; wenn sie jedoch zehn Tage lang nicht widersprechen, so gilt ihr Schweigen als Einwilligung. — (16) Wenn eine Anlage auf einem Grundstück dem Nachbar die Gefahr einer Beschädigung durch Regenwasser zuzieht, dieser aber dazu wissentlich schweigt, so willigt er ein durch dieses blosse Schweigen."

Natur der Sache völlig angemessener Weise eben so gut noch in sechzig andern Fällen hätten sagen können. Ja noch mehr, so lange nicht der in Frage gestellte Effect des Schweigens hinsichtlich jener sechzehn Verhältnisse als nothwendiges Resultat aus dem Wesen derselben erscheint, so lange ist auch das Resultat selbst überaus bedenklicher Natur *). Wie nun aber steht es um v. S.'s theoretische Auffassung jener sechzehn Fälle?

Er geht — S. 248. von dem Satze aus: das blosse Stillschweigen zu den Handlungen oder auf die Frage eines andern könne in der Regel nicht als Einwilligung oder Zugeständniss betrachtet werden und er muss demnach die in C. 43. in VI. enthaltenen Worte, *qui tacet consentire videtur* als Regel verwerfen. Dies thut er denn auch und behauptet, was hier als Regel ausgesprochen ist, das beziehe sich nur auf die Ausnahmen, welche sich in der Anmerkung S. 151 u. 152 von mir wiederholt finden.

*) Bei den allermeisten in Anmerk. S. 151 u. 152 aufgestellten Fällen drängt sich sofort die Wahrnehmung auf, dass es für die Anwendung der gegebenen Vorschriften einer weitern Norm bedürfte, ohne die man gar nicht weiss, was man mit jenen Vorschriften anfangen soll. So z. B. nehme man den siebenten Fall. Als der Vater sich zur Tafel setzen will, erfährt er, sein Sohn sei Decurio geworden. Er schweigt dazu so lange, bis er am Nachmittage des folgenden Tages mit der Reclamation eingekommen. Nicht längere Zeit geschwiegen zu haben, wird hoffentlich unpräjudiciell sein. Wie lange aber dauert die Zeit, von der wir sagen dürfen, sie hat so wenig lang gedauert, dass das Schweigen noch darf gebrochen werden? Allerdings giebt hierüber keine Auskunft l. 1. C. de fil. fam. (10. 60.). Patrem emancipato filio consentientem ad decurionatum non teneri, dubii juris non est: tunc enim consentiendo pater ad decurionatum obligatur, si filium in potestate habeat. Consentire autem etiam is videtur, qui non testificatur dissentire nominationi. Allein es giebt jene Auskunft l. 2. pr. ad municip. (50. 1.). Quotiens filiusfamilias voluntate patris decurio creatur, universis muneribus, quae decurioni filio injunguntur, obstrictus est pater, quasi fidejussor pro filio. *Consensisse autem pater decurionatui filii videtur, si praesens nominationi non contradixit.* Das Stillschweigen an sich war etwas gleichgültiges, wohl aber schädlich das Stillschweigen des bei der Ernennung zum Decurio gegenwärtigen Vaters. Nicht unmöglich, dass es mit dem „blossen Stillschweigen" sich ähnlicherweise auch in andern nicht antiquirten Beziehungen verhält.

An allen diesen Behauptungen ist nur so viel wahr, dass das Stillschweigen z. B. auf die Frage: ob man einen Acker für 50 Thlr. verkaufen wolle, nicht für Einwilligung gelten kann; falsch hingegen ist alles Uebrige. Stillschweigen zu einer Handlung kann ich nur unter der Voraussetzung, dass ich bei ihr gegenwärtig bin. Lasse ich nun etwas mein Interesse Berührendes in meiner Gegenwart und schon durch diese bei dem Acte mich betheiligend geschehen, so erwecke ich wissentlich und geflissentlich in jedem der dabei Concurrirenden die wohlbegründete Ueberzeugung, die Handlung erfolge unter meiner Zustimmung und muss also, wenn diese Wirkung ausbleiben soll, das hierzu Nöthige thun, d. h. widersprechen *). Demnach steht C. 43. cit. fest als eine richtige Regel, wie es denn auch ein seltsamer Gedanke ist, dass man etwas sollte als Regel ausgesprochen, damit jedoch nur die Ausnahmen der als wahr erkannten entgegenstehenden Regel gemeint haben; noch seltsamer aber ist es, dass das kanonische Recht dabei an sechzehn zum Theil antiquirte Fälle soll gedacht haben, die vor v. S. noch Niemand zusammengestellt hat und Niemand als Fälle zusammenstellen konnte, wo das blosse Schweigen statt Willenserklärung sei.

Hiernächst fährt v. S. unten zu lesender Maassen fort **), wogegen aber gar mancherlei zu sagen ist. 1) Je-

*) Nicht selten führt bei umfassenden gerichtlichen Verhandlungen, z. B. Erbvergleiche, eine einzige Person das Wort und vielleicht zwanzig Interessenten werden blos dadurch verbunden, dass sie mit anwesend waren, im Protokolle ihre Mitanwesenheit und zugleich auf Vorlesen bemerkt worden, dass sie nicht widersprochen.

**) „Trägt mir also ein Anderer einen Vertrag an, und erklärt, dass er mein Schweigen als Einwilligung betrachten werde, so bindet mich dieses dennoch nicht, da Jener kein Recht hat, mich, wenn ich nicht einwillige, zu einem positiven Widerspruch zu nöthigen. Von diesem Standpunkt aus sind denn auch die wichtigen Ausnahmen jener Regel zu betrachten, welche nunmehr zusammengestellt werden sollen. Sie gründen sich stets auf eine vorausgesetzte Pflicht, sich zu erklären, mag nun diese in der besonderen Wichtigkeit des Rechtsverhältnisses ihren Grund haben (besonders bei Familienverhältnissen) oder in dem natürlichen Anspruche des Andern auf Ehrfurcht, oder in dem Zusammenhang des gegenwärtigen Schweigens mit früheren Willens-

denfalls ist, selbst nach den Buchstaben der Quellen, es nicht so schlechterdings entschieden, dass auf den Antrag eines contractmässigen Verhältnisses still geschwiegen zu haben, keine Verbindlichkeit, ausser in den bei v. S. bemerkten Ausnahmefällen begründe. Eine genaue Erwägung des §. 11. I. de mandato (3. 27.) *) nöthigt uns — m. s. mein Pandectenrecht Th. 1. Bd. 1. — hinsichtlich des Mandates andrer Meinung zu sein **). 2) Ich gebe zu, dass, wenn irgend, das Stillschweigen als Willenserklärung dann gelten kann, wo die Pflicht eintrat, sich negativ zu erklären, sobald man sich nicht affirmativ erklären wollte. Nicht aber ist die Wichtigkeit des Rechtsverhältnisses eine Norm, nach der man beurtheilen könnte, ob jene Pflicht eingetreten sei oder nicht. Denn dem einen ist ein Rechtsverhältniss wichtig, das dem andern unwichtig ist. Hiernächst scheint es, dass mit der Wichtigkeit der Rechtsverhältnisse auch das Erforderniss der ausdrücklichen und darum unzweideutigsten Erklärung an Wichtigkeit gewinne. Wenn ferner das Schweigen Folge der Ehrfurcht ist, die der Schwei-

erklärungen. Alle diese Ausnahmen haben eine ganz positive Natur, und es ist unzulässig, sie durch Aufnahme anderer, ähnlicher Fälle vermehren zu wollen. In einigen derselben wird die Auslegung des Schweigens als einer Einwilligung sogar auf den Fall des unmöglichen Wollens ausgedehnt; diese Ausdehnung aber trägt vielmehr die Natur einer fingirten Einwilligung." Unmittelbar hieran schliesst sich die Aufzählung der sechzehn Fälle.

*) Mandatum non suscipere, cuilibet liberum est; susceptum autem consummandum est, aut quamprimum renunciandum, ut per semetipsum aut per alium eandem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuncietur, ut integra causa mandatori reservetur, eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet; nisi justa causa intercesserit aut non renunciandi, aut intempestive renunciandi.

**) Welche in gewissen concreten Fällen von so schlagender Richtigkeit ist, dass Niemand unternehmen kann, sie zu bestreiten. Z. B. vor einer auswärtigen Gerichtsbehörde hat Titius einen Termin abzuwarten und sendet Instruction und Vollmacht an einen, am Orte des Gerichts wohnenden Advocaten ein. Soll es diesem nachgesehen werden, wenn er weder den Termin abwartet, noch auch sich beeilt, dem Titius vorher anzuzeigen, daran behindert zu sein? In Masse fallen dem Praktiker ähnliche und ganz gleich zu beurtheilende Verhältnisse bei.

gende demjenigen schuldig war, der das Wort führte, so wird es doppelt bedenklich, das Schweigen als den reinen Ausdruck des eignen Willens anzusehen. Bei dem „Zusammenhange des gegenwärtigen Schweigens mit früheren Willenserklärungen" hat v. S. wahrscheinlich an die tacita relocatio gedacht. Wie es mit dieser stehe, darüber — m. s. w. u. — enthalte ich mich hier jeder näheren Ausführung.

3) Die Fälle, in denen v. S. ausnahmsweise blosses Stillschweigen für beistimmende Willenserklärung ansieht, sollen

a) ganz positiver Natur sein,

b) unzulässig soll es sein, sie durch Aufnahme anderer ähnlicher Fälle vermehren zu wollen.

Anlangend die zweite Behauptung, so ist bereits oben in Beziehung auf das Mandatsverhältniss die Vermehrung nachgewiesen, dieselbe auch als nothwendig demonstrirt worden, für alle die Fälle, wo Jemand, mitanwesend bei einer auf seine Rechte oder Verbindlichkeiten sich beziehenden, namentlich einer gerichtlichen Handlung keinen Widerspruch erhebt. Uebrigens wird sich weiter unten ergeben, dass bei vielen der v. S'schen Ausnahmen nicht das der Kenntniss von dem Vorfalle ungeachtet beobachtete Stillschweigen *), sondern das Stillschweigen entscheidend ist, das man beobachtet hat mitanwesend bei einer juristischen Handlung **).

Zu der ersten der oben hervorgehobenen Behauptungen mich zurückwendend, bekenne ich, nicht zu begreifen, was es heissen soll, wenn man sagt: grossentheils ohne alle positiv rechtliche Einwirkungen von der röm. Praxis aufgestellte Rechtssätze wären ganz positiver Natur.

*) Hinsichtlich des Vaters, der zu der Wahl seines Sohnes als Decurio still geschwiegen, ist bereits der Beweis geführt worden.

**) Man könnte glauben: v. S. habe dieses Requisit als ein sich von selbst verstehendes angesehen. Wenigstens liessen die Worte: „wenn der Vater seine Tochter verlobt, so gilt das blosse Schweigen der Tochter als Einwilligung", sich auch auf eine solche Gestaltung des Falles beziehen. Jedoch v. S. selbst würde diese benignam interpretationem ablehnen, denn ausdrücklich erfordert er bei mehreren seiner Ausnahmen ausser dem Schweigen nur die Kunde.

Gerade das Gegentheil sind sie; sie wären gar nicht vorhanden, hätte nicht die Praxis sie ohne weiteres als das consequente Resultat aus der treffenden Auffassung eines gegebenen Verhältnisses erkannt.

4) Es sollen einige der Ausnahmen von der Art sein *), dass das Schweigen für Einwilligung gelte, obschon dem Schweigenden das Wollen überhaupt unmöglich gewesen sei und solchergestalt eine fingirte Einwilligung eingetreten. Statt dieser zwar römischen, auf unserem Standpunkte aber eben so nichtssagenden als schwerfälligen Theorie ohne alle praktische Bedeutung, wäre es kürzer und viel einleuchtender gewesen, jene Fälle unter diejenigen zu stellen, wo eine willensunfähige Person von einer willensfähigen vertreten wird.

§. 5.

Fortsetzung. Die obgedachten Fälle, in denen nach v. S. blosses Stillschweigen für zustimmende Willenserklärung gelten soll, einzeln beleuchtet.

Bei dem ersten Fall hat v. S. blos auf l. 7. §. 1. und l. 12. pr. (23. 1.) de spons. Rücksicht genommen, übersehen hingegen die sehr wichtige §. 1. in l. 12. **), nach welcher bei Sponsalien gar nicht nach der Tochter Einwilligung gefragt wird, ein Recht zu widersprechen dieselbe nur ausnahmsweise und zwar dann hat, wenn ihr von dem Vater ein indignus moribus oder turpis sponsus ausgelesen worden. Also ist nach röm. Recht bei Sponsalien ***) Schweigen und Reden der Tochter gleich wirkungslos. Demnach fragt sich nur, inwiefern die Tochter durch Schweigen das Recht zu widersprechen auch insoweit aufheben konnte, als es ihr wirklich zustand. Da nun das Recht des Widerspruches, wenn eine Beschränkung desselben sich nicht nachweisen lässt,

*) v. S. — m. s. n. o. und i. — meint damit die unter num. 3. und die 9.

**) *Tunc autem solum dissentiendi* a patre *licentia filiae conceditur*, si indignum moribus, vel turpem sponsum ei pater eligat.

***) Für welche übrigens auch in Ländern des gem. Rechtes die Justinianeischen Sammlungen obsolet geworden sind.

nothwendig für ein unbeschränktes gelten muss, so wird es die Tochter bis zur Verehelichung haben ausüben können. Darum gebracht aber würde sie sich haben, wenn sie, mitanwesend bei dem Verlobungsacte, nicht widersprochen hätte. Solchenfalls wäre aber nicht das blosse Schweigen, sondern der positive Act stillschweigenden Gegenwärtigseins das entscheidende Moment gewesen. Dass, ganz der Natur der Sache gemäss, die Quellen das wissentliche Stillschweigen zu einem Rechtsgeschäft nur dann als Einwilligung ansehen, wenn sich der Schweigende in positiver Form, nämlich durch Mitanwesenheit bei dem Geschäfte als bei demselben betheiligt gezeigt hat, das belegt die oben citirte l. 2. pr. ad municip. und der v. S'sche fünfte Ausnahmefall*), es beweist es sein vierzehnter Ausnahmefall, obschon auch hier v. S. alles auf das Wissen und Schweigen setzt. Darüber Folgendes: l. 6. §. 2. mandati sagt: *si passus* sim aliquem pro me fidejubere, vel alias intervenire, mandati teneor. Jedenfalls muss man aber um etwas zu leiden mit dabei sein. Ganz das Nämliche gilt von dem: semper, qui *non prohibet*, pro se intervenire, mandare videtur, in l. 60. de R. S. Ganz schlagend aber ist die bei v. S. nicht citirte l. 40. mandati. Si pro te *praesente* et *vetante* fidejusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere, quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur **). Aus dem Obigen scheint auch ohne Weiteres sich zu ergeben,

*) M. s. l. 4. §. 3. de fidejuss. et nom. (27. 7.) fidejussores a tutoribus nominati, si praesentes fuerunt, et non contradixerunt, et nomina sua referri in acta publica passi sunt, aequum est perinde teneri, atque si jure legitimo stipulatio interposita fuisset.

**) Da das *prohibere* nicht in einem Verschliessen des Mundes bestehen kann, der die Intervention aussprechen will, so kann es nur in Widersprechen bestehen und wir werden also auch nicht Unrecht haben, in allen Fällen, wo wir lesen, dass der unterlassene Widerspruch für Einwilligung gelte, das non contradixisse in demjenigen Sinne des non prohibuisse zu verstehen, der sich aus l. 40. cit. ergiebt. Diese Bemerkung auf l. 2. §. 2. soluto matrim. — 24. 3. — anwendend, halte ich mich auch überzeugt (m. s. v. S's neunten Ausnahmefall), dass ohne persönlich oder repräsentirt bei Anstellung der

was von der durch blosses Stillschweigen erklärten Einwilligung in die Adoption oder Emancipation zu halten sei.

Schweigen des Vaters, wenn ihm die Ehe des Kindes bekannt geworden (v. S's sechster Fall) soll als Einwilligung gelten. Die l. 25. C. de nuptiis (5. 4.), die hier — m. s. Anmerk. f. S. 250 — v. S. citirt, spricht von etwas ganz anderem *). Aus l. 5. eod. **) vermag ich nur so viel zu entnehmen, dass der Vater, der, bei Lebzeiten des Sohnes, dessen ihm bekannt gewordener Verheirathung nicht widersprochen hat, des Sohnes Kinder als seine Enkel anerkennen, oder auch überhaupt die Ehe als geschlossen mit seiner Einwilligung muss gelten lassen. Dieser Satz lässt sich anwenden, nicht aber der: blosses Stillschweigen macht die Ehe gültig. Mit diesem ist gar nichts anzufangen, denn eine Zeit lang vor dem Widerspruch wird allemal Kenntniss und Schweigen gedauert haben. Man muss also, wenn der bemerkte Satz kein völlig nichtssagender Ausspruch sein soll, noch ausserdem wissen, wie lange das Stillschweigen unschädlich bleibt.

Will man darin — v. S's achter Fall — dass der gewesene Ehemann die Geburt der von ihm geschiedenen Frau für sein Kind anerkennen muss, wenn binnen 30 Tagen nach der Scheidung die Frau ihre Schwangerschaft angezeigt hat und darauf von dem Ehemanne weder custodes partus sind gesendet worden, noch die Gegen-

Klage gegenwärtig zu sein, die Tochter nicht stillschweigend einwilligen konnte. Dass die cautio rati, welche der klagende Vater für die filia absens leisten musste, ebenfalls gegen v. S's Theorie spricht, darauf einzugehen ist entbehrlich.

*) Da ohne Einwilligung der Eltern die Kinder sich nicht verehelichen konnten, so schien die Consequenz zu dem exorbitanten Satze zu führen, die Kinder eines furiosi oder mente capti könnten sich gar nicht verheirathen. Darum verordnete das citirte Gesetz: ut non solum dementis, sed etiam furiosi liberi cujuscunque sexus possint legitimas contrahere nuptias.

**) Si ut proponis pater quondam mariti tui, in cujus fuit potestate, cognitis nuptiis vestris, non contradixit, vereri non debes, ne nepotem suum non agnoscat.

erklärung erfolgt ist, nicht sei sie von ihm schwanger — m. s. l. 1. §.4. de agnosc. (25. 3.) — eine durch blosses Stillschweigen erklärte Willensmeinung finden, so übersieht man, dass hier das Schweigen nicht an sich, sondern als Unterlassung der gesetzlichen Sicherungsmittel das entscheidende ist. Dass der Fideicommissar mit des Erben Wissen, dessenungeachtet aber auch ohne Widerspruch desselben Besitz von dem Fideicommissgute ergriffen habe, das allein gilt keineswegs als Restitution — m. s. v. S's zehnten Fall — sondern es gehört dazu des Erben Absicht, dass des Fideicommissars einseitiges Thun die Stelle gegenseitigen Uebergebens und Uebernehmens vertreten soll. M. s. l. 37. pr. a. SC. Trebell. (36. 1.) Restituta hereditas videtur, aut re ipsa: si forte passus est heres possideri res hereditarias, vel totas, vel aliquas earum, hac *mente ut vellet restituere et ille suscipere*: non si ex alia causa putavit te possidere. Also auch hier müssen zu dem Stillschweigen, soll es die bemerkte Wirkung haben, positive, die bemerkte Intention aussprechende Thatsachen kommen, ohne die es ganz bedeutungslos bliebe.

Ferner citirt v. S. l. 12. und 16. ad SC. Macedon. (14. 6.), um darzuthun, was als eilfter Ausnahmefall aufgeführt wird. Allein l. 16. sagt etwas ganz anderes *). Wenn im angeblichen Auftrage des Vaters der Sohn ein Geldgeschäft gemacht, also n i c h t i n s e i n e m N a m e n contrahirt hat, dann erkennt desfalls ihn der Vater als Mandatar an, wenn auf erhaltene Nachricht derselbe nicht umgehend, oder mit erster Gelegenheit das Geschäft desavouirt.

Hätte v. S. die l. 12. cit. genau angesehen, so würde ihm nicht entgangen sein, dass sie den ursprünglichen Text zuverlässig nicht treu wiedergiebt **). Der zweite

*) Si filiusfamilias, absente patre, quasi ex mandato ejus pecuniam acceperat, cavisset, et ad patrem literas emisit, ut eam pecuniam in provinciam solveret, debet pater, si actum filii sui improbat, continuo testationem interponere contrariae voluntatis.

**) Si, tantum sciente patre, creditum fit filio, dicendum est, cessare Senatusconsultum. Sed si jusserit pater filio credi, deinde ignorante

Satz des Fragmentes ist mit dem ersten durch *sed* verbunden; beide müssen also bestimmt gewesen sein, Adversativen zu bilden. Den Textworten nach sind sie aber keine Adversativen; denn der erste läuft auf cessare SCtum, der andere auf locus Senatusconsulto non erit, also auf ein und dasselbe hinaus. Demnach ist der Text unrichtig in der ersten oder in der zweiten Proposition. Ganz gewiss ist er richtig in der zweiten, an deren Wahrheit zu zweifeln Niemandem einfallen kann. Somit ist er unrichtig in der ersten, in welcher — nach obiger Induction unverkennbarer Weise — *non* vor *cessare* zu lesen ist. Auch wäre, wenn wir nicht vor *cessare* jenes *non* zu restituiren hätten, *tantum* ganz falsch gebraucht. Denn wenn ein Satz mit einem *tantum*, als der Bezeichnung eines minus einsetzt, dessen majus — hier der jussus — erkanntermaassen von einer gewissen positiven Wirkung ist, so erwartet man, dass eben diese Wirkung dem minus entweder abgesprochen oder nur unter gewissen Voraussetzungen zugesprochen wird. Soll das minus dem majus der Wirkung nach gleichgestellt werden, so muss, wenigstens in wohlgeordneter Rede, der Widerspruch, der an sich darin liegt, dass das minus wirken könne, was sich als Wirkung des majus prädicirt findet, ausdrücklich anerkannt und aufgehoben werden. Es würde demnach der erste Satz in l. 12. cit., wenn das *tantum* sprachgemäss sollte gebraucht sein, also lauten müssen: si tantum sciente patre creditum sit filio, *tamen* dicendum est cessare SCtum.

Nichts sage ich über die durch blosses Stillschweigen prolongirte Vermiethung — m. s. v. S's dreizehnten Fall — denn wen es interessirt, mein Urtheil über v. S'sche Ansichten kennen zu lernen, kann in vorliegender Beziehung dasselbe aus meinem Pandectenrechte Th. 1 Bd. 2. entnehmen.

So gut wie v. S. l. 5. C. pr. de recept. zum Bestandtheil einer besonderen Theorie von Willenserklärung durch blosses Stillschweigen macht, könnte man dazu auch jede

creditore mutaverit voluntatem, locus Senatusconsulto non erit: quoniam initium contractus spectandum est.

Versäumniss einer processualischen Frist machen, namentlich hierher die in erster und vorletzter Instanz post decendium eintretende res judicata ziehen.

Nach alle dem bleiben nur l. 1. §. 3. de tribut. actione (14. 4.) *) und l. 19. de aqua pluvia (39. 3.) **) als solche Fragmente übrig — m. s. v. S's zwölften und sechzehnten Fall — in denen blosses Stillschweigen, d. h. unterlassene Protestation hinsichtlich eines Vorganges, oder, wie die Quellen sagen, patientia***), für Zustimmung anzusehen sind. Will diese beiden Fälle Jemand zum Object einer besondern Theorie unter der Rubrik: Erklärung durch blosses Schweigen, machen, so mag ihm dies vergönnt sein. So viel liegt aber wohl auf der Hand, dass damit noch keineswegs demonstrirt ist, unmöglich sei es, dass verschiedener Personen juristisches Interesse sich nicht auch noch in vielen andern Verhältnissen so gestalten könne, dass durch Stillschweigen des einen Theils demselben daraus unerwünschte Folgen entstehen. Die Unmöglichkeit einer solchen Demonstration demonstrire ich an folgendem Beispiele, das wohl Jedermann wird unbestritten lassen, und v. S. selbst als einen achzehnten Ausnahmefall anerkennen müssen. Cajus wird ne-

*) Pr. si (dominus) *scierit* servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor in tributum vocatur.

§. 3. Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem. Sed (ut ego puto) non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle: si igitur scit et non protestatur, et contradixit, tenebitur actione tributoria.

**) Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat; non teneri me actione aquae pluviae arcendae.

***) Hier sehe ich übrigens davon ab, dass *pati* nach l. 6. §. 4. und l. 40 mandati, nicht immer so durchaus blos von rein passivem Stillschweigen, sondern auch von einem solchen gebraucht wird, das erst unter gewissen modificirenden Umständen einer Verstattung gleichkommt. So viel glaube ich verbürgen zu können, der gute Takt, welcher der Praxis eigen zu sein pflegt, aber leider gar sehr von verwirrenden Theorien getrübt wird, verlangte, wenn heute einer actio aquae pluviae arcendae die Ausflucht entgegengesetzt würde, Kläger habe ruhig der Ausführung des ihm nachtheiligen opus zugesehen, noch etwas mehr, eine, man verstatte den Ausdruck, modificirte patientia. In allem aber, was praktischer Takt ist, standen uns die Römer nicht nur gleich, sondern weit über uns.

gotiorum gestor des abwesenden Lucius und führt in einem Grundstück desselben Reparaturen aus, die Jedermann für höchst dringend und zweckmässig erachtet. Dessenungeachtet sind sie ganz gegen des Lucius Interesse, der entschlossen war, die in Reparatur genommenen Gebäude, welche ihn in besonderen ökonomischen Plänen behinderten, niederreissen zu lassen. Wenn in der Fremde Lucius von den begonnenen Reparaturen hört, ohne sofort der Fortsetzung brieflich zu widersprechen, wird alsdann ein Richter in der Welt ihn gegen Cajus und dessen auf Erstattung der Auslagen gerichtete Klage mit der Behauptung hören, nicht in seinem Interesse, sondern gegen dasselbe wären die Reparaturen ausgeführt worden?

VI.

Mittheilung mehrerer in Betreff von Rechtsverhältnissen einer Actiengesellschaft nach unter einander abweichenden Ansichten gesprochener Urthel.

§. 1.

Vorbemerkungen.

Der XIV. Aufsatz des III. Bandes (S. 311 ff.), welcher von dem Wesen der Actienvereine in juristischer Beziehung handelt, enthält über die aus einem solchen Vereine entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten Betrachtungen, welche, angenommen sie sind in sich begründet, dennoch den interessanten Gegenstand weder erschöpfen, noch ihn zu erschöpfen bestimmt sein konnten. Denn noch zu jung ist dazu unsere das Actienwesen betreffende Praxis. Aber eben um deswillen bin ich entschlossen, keine Gelegenheit zu verabsäumen, welche die Praxis mir bietet, auf angemessene Weise jene Betrachtungen zu vervollständigen. So geschieht es, dass auch ich einen Aufsatz über die von der Mindener Rhein-Weser-Eisenbahn-Actiengesellschaft herbeigeführten juristischen Verwicklungen abdrucken lasse, über Verwicklungen, die in den Gerichtshöfen deutscher Staaten wohlbekannt sind und vielleicht, nachdem die Gesellschaft sich bereits selbst aufgegeben, weiterhin Veranlassung werden können, die nämlichen Ansichten, welche bereits in andern Sachen gegen mehrere von der Direction der Gesellschaft verklagt gewesene Mitglieder sind ausgesprochen worden, zur Norm weiterer Urtheile gegen noch viele andere Personen zu machen, die ihre Betheiligung bei jenem Unter-

nehmen gern für ganz wirkungslos erklärt sähen. Hierin aber liegt für mich der zweifelsohne jedem Leser einleuchtende Bestimmungsgrund, schlechterdings keine Bemerkung als eine solche auszusprechen, die ich als eine eigene Ansicht gegen das Publicum verträte. Dies unbeschadet desjenigen Interesses thun zu können, das der Leser an der Sache nimmt und dessenungeachtet etwas mehr zu thun, als Präjudize abdrucken zu lassen, habe ich für gegenwärtigen Aufsatz ein Verfahren mir ausersehen, über das ich Folgendes bemerke:

Die factischen Prämissen, welche §. 2. enthält, wiederholten mit unwesentlichen Abänderungen sich in zwanzig bis dreissig Rechtssachen, in denen von Vertretern des im Liquidiren begriffenen Vereins, Actionaire auf Einzahlung ausgeschriebener, aber unbezahlt gebliebener Actienraten belangt waren. So verschieden auch die verschiedenen Instanzen erkannt haben, so hat doch ihrerseits eine jede für sich gleich in allen jenen Sachen entschieden, die ich mir in der Vorstellung auf das Bild einer einzigen zusammengedrängt habe, um den fingirten Beklagten Titius zu seiner Vertheidigung können sagen zu lassen, was in einer jeden von jenen Sachen im Namen des Beklagten zu dessen Vertheidigung würde gesagt worden sein, wenn in jeder ein und der nämliche Sachwalter gegen die Kläger aufgetreten wäre, sein Räsonnement aber gleichsam die Summe und das Amalgam aller in jenen Sachen den Klägern entgegengestellten Einwendungen gebildet hätte. Daher kommt es, dass der Form nach keinem einzigen, dem Inhalte nach der Gesammtheit von Sachwaltern, die in gedachten Processen gearbeitet hatten, angehört, was ich dem beklagten Titius zu Unterstützung der von ihm vorgeschützten Exceptionen in den Mund lege. Jeglicher Leser, welcher überhaupt Notiz von gegenwärtigem Aufsatze nimmt, den ich nicht anders als in der ebenbemerkten Weise mochte abdrucken lassen, die jedoch nicht ohne eigenthümliche Schwierigkeiten war, möge mich durch die Annahme honoriren, dass, wo auf ihn Ansichten der Urthelsverfasser vollständig überzeugend einwirken, er auch die meinigen liest, da hingegen, wo

in solcher Weise des Titius Räsonnement auf ihn wirkt, ich zu dessen Ansichten mich bekenne. Also versichert, nur Lob und Beifall der Leser ernten zu können, stelle ich zunächst hier in factischer Hinsicht kürzlich zusammen, was zu wissen nöthig ist, um dem Aufsatze mit eigenem juristischen Urtheile folgen zu können.

§. 2.

Die factischen Prämissen der mitgetheilten Entscheidungen.

Unter dem Datum Minden am 18. Juni 1836 wurde ein gedruckter Prospectus der Eisenbahnanlage zu Verbindung des Rheins mit der Weser „Capital 3,800,000 in neunzehntausend Actien zu 200 Thlrn.“ an das Publicum hinausgegeben. Auf die Collectivunterzeichnung: „der Comité für die Eisenbahnanlage zur Verbindung des Rheins mit der Weser,“ folgten die Namen von neun Privatpersonen. Vorauf ging dem Prospectns eine unter dem 17. August 1835 an das genannte Comité gerichtete Verordnung der betreffenden k. pr. Ministerien. Hierin war gesagt: man möge die der Versicherung nach bereits begonnene Actienzeichnung fortsetzen, bis wenigstens zwei Drittheile des vorläufig zu 4 Millionen Thaler angenommenen Anlagecapitals von zuverlässigen Personen gezeichnet wären, alsdann möge das Actieninstitut in einer Generalversammlung berathen und zur Prüfung eingereicht werden. Ausserdem forderte der Prospectus, abgesehen von hier nicht interessirenden Bemerkungen über die Modalität der Ausführung des Unternehmens und dessen Rentabilität, das Publicum auf, sich durch Abnahme von Actien bei dem Unternehmen zu betheiligen und kündigte schliesslich an, in welcher Maasse die nunmehr bevorstehende erste Generalversammlung solle zusammen berufen werden. Hierbei ward, unter Beifügung eines Formulars hinsichtlich des Reverses, mittels dessen man den Beitritt als Actionär zu erklären habe, Folgendes ausgesprochen: „der Unterzeich-

nete verpflichtet sich zur Einzahlung von ½ Procent, oder einem Thaler für jede Actie gegen Aushändigung der Quittung."

„Diese Quittung, und nur sie, berechtigt den Eigenthümer oder dessen Vertreter zum Eintritt in die erste Generalversammlung."

„Die Generalversammlung beschliesst über die Ausführung: Bis dahin steht der Rücktritt gegen Verzichtleistung auf den eingezahlten Beitrag frei."

„Wer nicht erklärt, zurückzutreten; wer in der Generalversammlung nicht persönlich, oder durch einen Bevollmächtigten erscheint, unterwirft sich den durch die Versammlung mit einfacher Stimmenmehrheit, jede Actie für eine Stimme zählend, gefassten Beschlüssen."

Ungefähr*) von 1064 Personen war in Folge jener Einladung unterzeichnet worden, als nach gehöriger Berufung durch mehrere in- und ausländische Zeitungen am 28. Septbr. 1836 die erste Generalversammlung zusammentrat. Zu derselben fanden sich ein nur 84 Actionaire, welche für sich und im Namen der Abwesenden unter Zuziehung einer Gerichtsdeputation die Stiftungsurkunde entwarfen und unterzeichneten und der Gesellschaft den Namen Rheinwesereisenbahnactiengesellschaft beilegten, in deren Statut man unter andern folgende Bestimmungen aufgenommen hatte:

§. 7. Der erste Zeichner der Actie ist für die Einzahlung v. 40 pCt. des Nominalbetrages derselben unbedingt verhaftet; von dieser Verpflichtung kann derselbe weder durch

*) In dem, was von hier bis zur Angabe desjenigen Klagvorbringens folgt, wodurch gegenwärtiger Aufsatz ist veranlasst worden, wiederhole ich zum Theil denjenigen status causae, welchen das k. pr. Oberlandgericht zu Paderborn einem weiter unten näher zu bemerkenden Urthel vorausgeschickt hat, das diese Behörde in einer Sache gesprochen, die zwischen dem Directorium jener Actiengesellschaft und einem königl. preuss. Unterthan, als Actionär, anhängig ward und in dem Factischen mit den Processen zusammentrifft, welche vorliegenden Aufsatz veranlasst haben, bei dessen Ausarbeitung mir nicht die vollständigen Acten, sondern nur die in den verschiedenen Instanzen gesprochenen Urthel vorlagen. Versichern kann ich aber und versichere hiermit, dass die Richtigkeit der Relation dadurch nichts eingebüsst hat.

Uebertragung seines Anrechtes auf einen Dritten sich befreien, noch Seitens der Gesellschaft entbunden werden.

§. 8 Nach Einzahlung von 40 prCt. kann die Gesellschaft nach dem Beschlusse des Verwaltungs-Raths die ersten Zeichner, welche ihre Anrechte an andere abgetreten haben, ihrer Verhaftung entlassen und sich blos an die Cessionarien halten.

§. 15. Das Interesse der Gesellschaft wird wahrgenommen: durch Generalversammlung der Actionaire; durch einen Verwaltungsrath aus deren Mitte; durch eine Centraldirection und deren Unterbeamten.

§. 18. Die Generalversammlung wählt in geheimer Abstimmung durch relative Stimmenmehrheit aus den Actionairen einen Verwaltungsrath von zwanzig Mitgliedern und eben so viele Stellvertreter. Bei Gleichheit der Stimmen entscheidet das Loos.

§. 24. Die Generalversammmlung fasst ihre Beschlüsse durch absolute Stimmenmehrheit, welche für alle Actionaire bindend sind.

§. 26. Der Verwaltungsrath ist berufen, in allen Stücken das Interesse der Gesellschaft zu vertreten und zu bewachen. Er sorgt für die Aufrechthaltung des Statuts und für die Vollziehung aller von der Generalversammlung gefassten Beschlüsse. Er empfängt alle drei Monate von der Direction die Uebersichten der Einnahme und Ausgabe und nimmt stets genaue Kenntniss von dem Gange des Geschäfts.

§. 27. Derselbe soll die Direction ernennen und entlassen, ferner die Bedingungen festsetzen, unter welchen diese Beamten eingesetzt werden.

§. 30. Die Direction besteht aus einem Director, der nicht Actionair zu sein braucht, jedoch zur Leistung einer Caution verpflichtet ist.

§. 42. Jeder öffentliche Aufruf erfolgt durch die preussische Staatszeitung.

§. 11. Zehn Procente des Betrages der Actie, auf welche das schon eingezahlte ½ Procent in Anrechnung kommt, werden sogleich nach erlangter Allerhöchsten Bestätigung des Statuts eingezahlt.

§. 9. Wer nach statutgemässer Aufforderung die gestellte Frist ohne Zahlung verstreichen lässt, verfällt in eine Conventionalstrafe von 1 prCt. vom Nominalwerthe der Actie, und verliert, wenn er binnen einer weitern Frist von vier Wochen keine Zahlung leistet, sein Recht an der Gesellschaft, und das früher Bezahlte fällt dieser anheim, wenn sie nicht vorzieht, den Zahlungspflichtigen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten anzuhalten; endlich

§. 39. sollen alle Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und den Actionairen in Sachen der Gesellschaft auf schiedsrichterlichem Wege geschlichtet werden.

Hiernächst ward in dieser Generalversammlung beschlossen, die Eisenbahnstrecke bis Cöln auszudehnen, das Anlagecapital auf 5,600,000 Thlr. zu fixiren, solches durch 28,000 Actien à 200 Thlr. aufzubringen und die landesherrliche Bestätigung des Statutes auszuwirken. Erst nachdem jene Generalversammlung gehalten worden, unterzeichnete Titius *) für 10 Actien mittels Ausstellung des formulirten Reverses und erklärte hiermit, der in der Generalversammlung vom 28. Sptbr. 1836 constituirten Rh.-W.-Esbhn.-Actiengesellschaft trete er mit allen Rechten und Verbindlichkeiten bei und unterwerfe sich den Bestimmungen des von jener Versammlung vereinbarten Statutes.

Am 21. August 1837 erfolgte die landesherrliche Bestätigung der Gesellschaft und ihres Statutes. Sie erhielt die Rechte einer Corporation, wobei jedoch der Vorbehalt gemacht wurde, dass sie verbunden bleibe, allen Bestimmungen und Bedingungen, welche über das Verhältniss zum Staate und zum Publicum für die Eisenbahnunternehmungen im Allgemeinen oder für die in Rede stehende Unternehmung ins Besondere ergehen würden, eben so nackzukommen, als wenn dieselben der Confirmation beigefügt wären, da ausserdem der Wider-

*) So nenne ich, wie schon gedacht, einen Beklagten, dessen Schicksal vor der Hand sich bei den k. s. Gerichtshöfen gegen zwanzig bis dreissig Individuen auf ganz gleiche Weise wiederholt hat und gegen noch weit mehrere sich wiederholen kann.

ruf der Bestätigung vorbehalten sein solle. Hierauf wurden vor Ausgang des Jahres 1837 zehn prCt. der Actienbeiträge ausgeschrieben, dies jedoch also, dass davon das bei der Zeichnung erlegte ½ prCt. abgehen sollte. Die Einzahlung fand aber vielfachen Widerspruch, worauf zum 18. Juni 1838 eine Generalversammlung, die dritte, zusammenberufen wurde, zu der jedoch nur diejenigen Actionaire sollten zugelasen werden, welche bis dahin die eingeforderten zehn prCt. ihrer Actien würden eingezahlt haben. In Folge dessen blieb vielen der Zutritt zu der Zusammenkunft untersagt und in der so ohne die zurückgewiesenen Actionaire abgehaltenen Generalversammlung wurde von dem Verwaltungsrathe auseinandergesetzt, dass man den Restanten nur dann erst die Ausübung ihres zur Zeit ruhenden Stimmrechtes wieder einräumen könne, wenn dieselben ihrer statutengemäss obliegenden Zahlungsverbindlichkeit würden nachgekommen sein, sodann aber beschlossen, dass denjenigen Actionairen, welche zwar später als zu der gehörigen Zeit, jedoch nicht später als am Eröffnungstage dieser Generalversammlung die Zahlung der ersten Actienrate von 10 prCt. noch geleistet hätten, die nach dem Statute verwirkte Conventionalstrafe erlassen sein solle.

In der folgenden, der 4. Generalversammlung vom 26. Febr. 1839 wurde die Frage: hält die Generalversammlung die Verfügung des Verwaltungsrathes, nach welcher zu einer Generalversammlung nur diejenigen Actionaire sollen eingelassen werden, welche die fällige Actienrate voll eingezahlt haben, für richtig und auch für die Folge angemessen? — zur Abstimmung gebracht und mit grosser Majorität bejahend entschieden.

Auch Titius hatte zur Zeit der Generalversammlung die ausgeschriebene Actienrate nicht entrichtet, und darum wurde, dem eben bemerkten Beschlusse gemäss, einem Dritten, den er die Generalversammlung für ihn abzuwarten, gehörig bevollmächtigt hatte, der Eintritt in dieselbe verwehrt. Eben so erging es nicht wenigen andern Actionairen, welche mit den Zahlungen in Rest verblieben waren, um nichts weniger aber persönlich oder durch gehörig legi-

timirte Bevollmächtigte sich zur Theilnahme an Generalversammlungen meldeten. Später wurde von dem Directorium Titius belangt auf 95 Thlr. als wieviel unter Abrechnung des bei der Unterzeichnung bereits pr. Actie gezahlten ½ prCt. noch auf die ausgeschriebenen 10 prCt. war zu berichtigen geblieben, und ausserdem auf 10 Thlr. als die pr. Actie mit 1 prCt. verfallene Conventionalstrafe.

§. 3.

Die Klage und die derselben entgegengestellten Ausflüchte.

Zu Begründung der Klage bezog sich das Directorium der Gesellschaft

1) auf obgedachten Revers, nach Inhalt dessen Beklagter sich bei dem Unternehmen mit zehn Actien betheiligt und als Norm für die hiermit eintretenden Rechte und Verbindlichkeiten das in der ersten Generalversammlung am 28. Sptbr. 1836 abgefasste Statut anerkannt habe, wonach 10 prCt. Actienrate bei erfolgter Confirmation waren gefällig worden;

2) darauf, dass man die erfolgte Confirmation öffentlich bekannt gemacht und dabei statutenmässig zu Zahlung der mehrerwähnten 10 prCt., späterhin auch Beklagten noch besonders für seine Person dazu aufgefordert habe, und

3) darauf, dass, dem Statute nach, durch die hiermit bewiesene Säumniss Beklagter in 1 prCt. Conventionalstrafe verfallen sei, indem die Gesellschaft, hierzu von dem Statute berechtigt, es vorgezogen, den Beklagten auf die rückständige Zahlung und jene Strafe zu belangen, anstatt gegen denselben die clausula cassatoria geltend zu machen und ihn seines Rechtes und des eingezahlten ½ prCt. für verlustig zu erklären.

Hinsichtlich der Legitimation ad causam activam bezogen sich diejenigen Personen, welche, als das Directorium bildend, im Namen der Gesellschaft klagten, auf Beschlüsse von Generalversammlungen, die später als diejenigen waren abgehalten worden, von denen man

Beklagten für ausgeschlossen erklärt hatte. Zu dem Ende wiesen sie aus dem Statute nach, dass das Interesse der Gesellschaft wahrzunehmen die Generalversammlungen, und hiernächst ein von diesen zu wählender Verwaltungsrath und endlich, dies insonderheit auch zu Anstellung von Klagen, die von letzterem als Directorium zu ernennenden Personen berufen seien und sie, die Kläger, das von dem statutenmässig erwählten Verwaltungsrathe ernannte Directorium ausmachten.

In dem auf einen und denselben Tag anberaumten Güte- und Rechtstermin erschienen beide Parteien durch legitimirte Sachwalter und es wurde hinsichtlich des Verfahrens auf eine vierzehntägige Frist compromittirt, binnen welcher Beklagter sich unter den in der Ladung ausgedrückten Verwarnungen einzulassen versprach.

Unter den oben bemerkten Umständen wäre es wahrheitswidrig gewesen, die Litiscontestation anders als affirmativ zu bewirken. Beklagter räumte also die libellirten Thatsachen ein, schützte aber dabei folgende Ausflüchte vor:

I. Dadurch, dass man ihm den Zutritt zu der dritten und den folgenden Generalversammlungen verwehrt, habe man ihn überhaupt von der Gesellschaft ausgeschlossen. Da aber dieser gegen Actionaire, welche mit den Zahlungen in Rest geblieben, nach §. 9. der Statuten, nur das alternative Recht zustünde, die Restanten entweder zu excludiren, oder sie zu Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten anzuhalten, jedoch die Gesellschaft bereits das erste der angegebenen Befugnisse gegen ihn in Ausübung gebracht habe, so sei er gar nicht mehr Mitglied, habe seine Rechte, namentlich das bereits Gezahlte verloren, sei aber auch, da sich, in Beziehung auf die Gesellschaft, des Mitgliedes derselben Rechte und Verbindlichkeiten gegenseitig bedingten, keine Verbindlichkeiten gegen die Gesellschaft zu erfüllen verbunden. Wolle man dennoch annehmen, dass neben der Ausschliessung seine Verbindlichkeiten wären stehen geblieben, so hätten doch die Beschlüsse derjenigen Generalversammlungen, zu welchen ihm der Zutritt verweigert worden sei, um deswillen,

weil dabei nicht sämmtliche Actionaire wären vertreten gewesen, keine verbindliche Kraft gegen ihn, namentlich sei dann auch die Wahl des Verwaltungsrathes, welche in diesen Versammlungen vor sich gegangen, ungültig. Sei aber diese ungültig, so hätte der nicht statutenmässig gewählte Verwaltungsrath auch nicht das Directorium statutenmässig erwählen können, und auf unverbesserliche Weise fehle es demnach an Klägerer Legitimation zur Sache.

II. Obschon confirmirt und zur Corporation erhoben, sei doch der beabsichtigte Actienverein noch gar nicht in das Dasein getreten. Ein Actienverein setze voraus, dass die zur Ausführung des Unternehmens erforderliche Anzahl Actien unterzeichnet wäre. Allein die erste Generalversammlung habe man gehalten, ehe auch nur zwei Dritttheile des vorläufig auf 4 Millionen Thaler angenommenen Anlagecapitals wären gezeichnet gewesen, obschon das k. pr. Ministerium erklärt habe, erst dann möge das Actieninstitut in einer Generalversammlung berathen und zur Prüfung eingereicht werden. Auch habe man die von dem Ministerium ebenfalls erforderte, nur von „zuverlässigen" Personen anzunehmende Zeichnung nichts weniger als gewissenhaft genommen, und beispielsweise führte Beklagter unterschiedene Fälle an, in welchen, seiner Behauptung nach, die Zeichnung von Altersunmündigen oder gar erklärten Banquerouteurs war angenommen worden.

III. Man könne ihm nicht ansinnen, zu Herstellung eines Fonds beizutragen, zu welchem beizutragen er sich natürlich nur unter der Voraussetzung verpflichtet habe, dass sich die Beiträge zur Erreichung des damit beabsichtigten Zweckes würden verwenden lassen und wirklich würden verwendet werden. Erklärt aber sei es, dass das Project, den Rhein mit der Weser durch eine Eisenbahn zu verbinden, jedenfalls nicht von der unter dem 21. Aug. 1837 confirmirten Gesellschaft werde zu Stande kommen. Denn bereits habe eine Generalversammlung ausgesprochen, dass man das Unternehmen aufgeben und zur Liquidirung des Geschäftes schreiten müsse, auch würde unter solchen Umständen die Confirmation bereits von der k. pr.

Regierung wieder zurück genommen worden sein, hätte dieselbe es nicht behufs der Liquidirung des Geschäftes für angemessen erachtet, dem Vereine noch bis zu einem gewissen Termine die Rechte einer Corporation zu belassen.

IV. Wolle man den Verein, der bei der erklärten Unmöglichkeit, den Zweck desselben zu erreichen, für beendigt anzusehen, ja niemals in das Leben getreten sei, dennoch als einen bestehenden gelten und ihn, den Beklagten, nicht für ein ausgeschlossenes, sondern noch unter den Theilhabern begriffenes Mitglied betrachten, alsdann sei die Klage nicht vor dem ordentlichen Richter zu erheben gewesen, sondern schiedsrichterliches Urtheil auszubringen, und somit stehe der Klage, dies jedoch nur unter der eben bemerkten Voraussetzung „exceptio fori incompetentis" entgegen.

Ueber das Schicksal, welches die eben bemerkten vier Ausflüchte gehabt haben, berichte ich nachstehendermaassen*).

§. 4.

Zu der Ausflucht des incompetenten Gerichtsstandes.

Weder in erster, noch in zweiter Instanz wurde diese Ausflucht für beachtenswerth gehalten. Denn dass Beklagter sich einerseits für ein von der Gesellschaft ausgeschlossenes Mitglied wollte beurtheilt wissen, andererseits aus dem Statute, das eine Norm nur für die Verhältnisse der Mitglieder abgeben konnte, schiedsrichter-

*) Indem ich dies zum grossen Theil mittels des Abdruckes von Entscheidungsgründen gethan habe, die mehreren in Betreff des nämlichen Gegenstandes gesprochenen Urtheilen beigegeben worden, konnte es nicht fehlen, manches musste in jenen sich gegenseitig wiederholen. Jedoch diese Bemerkung konnte mich nicht von dem gewählten Verfahren abhalten. Nicht unwichtig schien es mir in rechtshistorischer Beziehung und durchaus angemessen der Tendenz „der Rechtsfälle" in documentirter Form mitzutheilen, was die Bildung und Entwickelung von Rechtsgrundsätzen hinsichtlich eines Institutes betrifft, über dessen juristische Seiten wohl nur nach längerer Zeit erst allgemeinere Uebereinstimmung wird hergestellt werden.

liche Entscheidung verlangte, dies sah man für Behauptungen an, welche sich durch den darin liegenden Widerspruch gegenseitig zerstörten. Beklagter, der in der Appellation gegen das ihn verurtheilende Erkenntniss erster Instanz — Beilage A. — jede die Verurtheilung abzuwenden bestimmte Ausflucht mehr noch auszuführen suchte, als bereits in dem ersten Verfahren geschehen, stellte in der Rechtfertigung der Appellation die Ansicht auf:

Keine Widersprüche enthalte sein Exceptionssatz, vielmehr habe man die exceptio fori incompetentis als eine eventuel und nur für den Fall vorgeschützte anzusehen, dass man ihn für kein ausgeschlossenes Mitglied, den Verein für einen wirklich in das Leben getretenen und noch bestehenden ansehen sollte. Kein Widerspruch wäre darin zu erblicken, wenn einem und demselben Anspruche Rechtsansichten entgegengestellt würden, die in dem eben vorliegenden concreten Falle nicht alle mit einander von Wirksamkeit sein könnten. Wahr sei es allerdings, dass, wenn der Verein nicht in das Leben getreten, oder wieder erloschen, oder er, Beklagter, von der Mitgliedschaft sollte ausgeschlossen sein, er nicht aus dem Statute auf schiedsrichterliches Urtheil antragen dürfe, denn um in Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und ihm das Statut in Anwendung bringen zu können, müsse allerdings der Verein bestehen und er dessen Mitglied sein. Wäre aber eins und das andre nicht der Fall, nähmen, wie in vorliegender Sache geschehen, die Urthelsverfasser an, der Verein bestehe, und er, Beklagter, sei dessen Mitglied, alsdann ergreife auch die eventuel vorgeschützte exceptio fori incompetentis Platz; denn §. 39. des Statutes verordne, alle Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und zwischen den Actionairen in Sachen der Gesellschaft sollten auf schiedsrichterlichem Wege geschlichtet werden, und unverkennbar sei als eine Gesellschaftsangelegenheit die Frage anzusehen, ob im Namen der Gesellschaft ausgeschriebene Actienratenzahlungen als gültige Forderung unter den veränderten Umständen und auch

jetzt noch anzusehen wären, wo der mit der Zeichnung für Actien beabsichtigte Zweck aufgegeben sei. Unter diesen Umtänden würde eben um deswillen, weil man sowohl den Verein als auch seine, des Beklagten, Mitgliedschaft für bestehend angesehen habe, zwar auf Verwerfung der hiergegen gerichteten Ausflüchte, zugleich aber auch darauf zu erkennen gewesen sein, dass zu Entscheidung über die Zahlungspflichtigkeit Beklagtens, als Mitgliedes der Gesellschaft, nicht anders als nach Maassgabe §§. 39. und 40. *) der Statuten könne verfahren werden.

Auf diese Argumentation mit besonderer Ausführlichlichkeit einzugehen, war in dritter Instanz keine Veranlassung gegeben, weil hier durchschlagend gegen die Beklagten schon allein der Gerichtsbrauch wirkte, über den ich in dem vorhergehenden Aufsatze gesprochen habe. M. s. die Beilage E und insonderheit, was in dieser unter B. 1, gesagt ist.

§. 5.

Zu der ersten, auf des Beklagten Ausschliessung von den Generalversammlungen gestützten Ausflucht.

Auch dies Vorbringen war zum Theil nur eventueller Art. Vorzuschützen, dass die Generalversammlungen, von denen man ihn, den Beklagten, und andere Actionairs unbefugter Weise ausgeschlossen, nicht legal, daher die Beschlüsse derselben rechtlich wirkungslos gegen die Ausgeschlossenen und also auch die Kläger auf statutenwidrige Weise zu Directoren gewählt, und darum nicht legitimirt ad causam activam wären, dies vorzuschützen hatte Beklagter ein Interesse blos dann, wenn die Gesellschaft nicht gehalten war, jene Ausschliessung, die von ihr nur als eine temporäre war angekündigt worden,

*) „Die Schiedsrichter sind bei ihrem Verfahren an keine Gerichtsform gebunden. Ihre Aussprüche sind definitiv und es findet von denselben keine Berufung an irgend eine andere Instanz, noch ein sonstiges Rechtsmittel statt.“

als eine für immer erfolgte anerkennen zu müssen. Jedoch ich bleibe zunächst bei der blos eventuellen Tendenz des Vorbringens stehen, weil über dessen Erfolg am allerwenigsten zu berichten ist. Denn man fand der Kläger Legitimation zur Sache in Folge einer besonderen von der k. pr. Regierung genommenen Maassregel und also durch ein ausser dem Statute und dem Verhältnisse des Actienvereins an sich liegendes Moment *) hergestellt, was für die juristisch wissenschaftliche Betrachtung der Actienvereine von keinem Interesse ist. Gesetzt aber auch, dies Moment wäre nicht eingetreten und darum der Kläger Legitimation zur Sache wegen Statutenwidrigkeit der Generalversammlungen, auf deren Beschlüssen sie beruhte, für nichtig zu erachten gewesen, dennoch würde Beklagter schwerlich im Stande gewesen sein, dadurch seine Lage zu verbessern. Denn es scheint, um ein statutengemäss erwähltes und zu klagen legitimirtes Directorium zu erhalten, hätte die Gesellschaft nur eine Generalversammlung zu dem Ende auszuschreiben und gegen Beklagten zu erklären gehabt, der Beschluss sei aufgegeben, der ihm bis zur Zahlung seiner rückständigen Actienrate die Theilnahme an solchen Versammlungen verweigert.

Anlangend nunmehr das nämliche Vorbringen, insoweit dasselbe die nicht blos eventuelle Tendenz hat, Beklagtens temporäre Ausschliessung von dem Rechte, in den Generalversammlungen zu erscheinen und in selbigen mitzustimmen, einer gänzlichen Ausschliessung für immer gleichzustellen, so hat ein Erkenntniss des k. pr. Oberlandgerichtes zu Paderborn die rechtliche Begründung dieser Ansicht Beklagtens in sehr umständlicher Rede vertheidigt. Die von der Güte eines der Dresdner Herren Sachwalter mir mitgetheilten Gründe zu jenem Erkenntnisse habe ich in der Beilage unter B. abdrucken lassen, weil, was darin gesagt ist, nicht durch Vorschriften der k. pr. Territorialgesetzgebung, sondern durch Ansichten

*) M. s. unter E .B. 2 die in der Oberapp. Gr. Instanz gegebenen Entscheidungsgründe.

motivirt ist, für welche jenes Erkenntniss unverkennbar den Charakter allgemein rechtlicher Gültigkeit in Anspruch nimmt. Es lassen sich dieselben in folgende Propositionen zusammendrängen.

a) Gegen Actionairs, die mit Zahlung in Rückstand blieben, hatte die Gesellschaft kein anderes statutenmässiges Recht als das alternative, entweder dieselben für ganz ausgeschlossen von der Gesellschaft anzusehen oder von denselben die Zahlung des Rückstandes, so wie die durch die Säumniss verwirkte Conventionalstrafe beizutreiben.

b) Gegen Beklagten hat man die Ausschliessung erwählt.

c) Diese muss als eine gänzliche Ausschliessung gelten, weil sie sonst eine statutenwidrige wäre.

Was in den k. s. Gerichtshöfen Beklagtens vorliegender Ausflucht ist von den Klägern entgegengestellt worden, besteht in Folgendem:

Es habe die Gesellschaft, indem sie Beklagten von einem gewissen gesellschaftlichen Rechte auf eine unbestimmte Zeit ausgeschlossen, von jenen beiden ihr im Statute gegebenen alternativen Rechtszuständigkeiten weder die eine noch die andere erkiest, sondern eine dritte Maassregel ergriffen. Sei zu dieser Maassregel unbefugterweise verschritten worden, so folge daraus weiter nichts, als dass die Gesellschaft Beklagten für allen ihm dadurch zugezogenen Schaden und Verlust müsse gerecht werden, keineswegs aber, dass der Richter für die Aehnlichkeit, welche zwischen der ergriffenen Massregel und einer der alternativen Zuständigkeiten obwalte, die Gleichheit beider substituiren und Beklagten als ausgeschlossenes Gesellschaftsmitglied ansehen dürfe. M. s. Beilage E. unter B. 3.

§. 6.

Zu der zweiten Ausflucht, welche die Behauptung aufstellte, unschädlich sei es dem Beklagten, dass er dem von einer unbefugten Generalversammlung errichteten Statute sich unterworfen.

Das Raisonnement, welches der obgedachten Ausflucht zu weiterer Unterstützung dienen sollte, nachdem das Urthel erster Instanz sie aberkannt hatte, sprach sich also aus:

Zu der ersten Generalversammlung sei man verschritten, nachdem man dieselbe vorläufig in dem an das Publicum hinausgegebenen Prospectus angekündigt. Dadurch hätte man einen jeden Abnehmer von Actien, welcher hinsichtlich der aus dem Unterzeichnen entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten sich den Beschlüssen der Gesellschaft, namentlich dem Statute unterworfen, zu der Erwartung berechtigt, zur Constituirung der Gesellschaft und Vereinbarung des Statutes werde man nicht eher verschritten sein, als nachdem desfalls die Voraussetzung erfüllt worden, welche der Prospectus angekündigt. Wenn nun nach Inhalt desselben die k. pr. Regierung erklärt habe, zur Berathung des Statuts und dessen Einreichung Behufs der Confirmation möge verschritten werden, wenn wenigstens zwei Dritttheile von vier Millionen Thalern gezeichnet wären, so hätte eben um deswillen, weil man das Statut berathen und zur Prüfung eingereicht, das Publicum und jeder Einzelne sich versichert halten müssen, zwei Dritttheile von vier Millionen wären vorher wirklich schon unterzeichnet gewesen. Habe man es anders gehalten und, wie nach Behauptung Beklagtens dies wirklich sollte der Fall sein, das Statut entworfen, ohne die vorläufig hierzu erforderliche Anzahl Actien untergebracht und ohne sich darum bekümmert zu haben, ob die untergebrachten an zuverlässige Personen abgesetzt seien, während namentlich auch dies die k. pr. Regierung verlangt habe, so sei das Publicum in einem wesentlichen und höchstwichtigen Punkte getäuscht worden. Denn Niemand werde bestreiten, dass es einen

gewaltigen Unterschied mache, ob man sich bei einem mehr oder weniger gesicherten Unternehmen betheilige; und Fortgang und Bestand eines Actienunternehmens hänge hauptsächlich von vorhergehender Sicherstellung des dazu erforderlichen Capitales ab. Sich darauf verlassen zu können, dass nach der Ankündigung im Prospectus vorauszusetzendermaassen, vor weitern entscheidenden Schritten, wenigstens zwei Dritttheile von zuverlässigen Personen gezeichnet gewesen wären, das sei für jeden Abnehmer von Actien noch wichtiger dadurch geworden, dass die Generalversammlung den Capitalbedarf zu 5,600,000 Thalern festgestellt habe, nachdem die Ankündigung in dem Prospectus nur die bedeutend geringere Summe von 3,800,000 in Aussicht gestellt. Hintergangen und getäuscht sähen sich also in einem sehr wesentlichen Punkte alle diejenigen, welche bis nach Abhaltung der ersten Generalversammlung Anstand genommen hätten, sich bei dem Unternehmen zu betheiligen, und dieses, alle von ihnen übernommenen Verbindlichkeiten null und nichtig machende Moment sei erwiesen, sobald sie darthäten, dass man die Constituirung der Gesellschaft und Vereinbarung des Statutes in excipirter Maasse übereilt habe. Jedenfalls könne nach alledem Beklagter nur dann erst verurtheilt werden, wenn er nicht im Stande sein sollte, den desfalls ihm nachzulassenden Beweis durchzuführen.

Die Beilage unter E. enthält unter B. 4. des O. A. Grs. hiergegen gerichtete Entscheidungsgründe.

§. 7.

Zu der dritten Ausflucht, welche sich auf die Behauptung stützte, die Verbindlichkeit zu der in Frage gestellten Zahlung sei erloschen, weil man den Zweck des Unternehmens als unausführbar aufgegeben.

Am stärksten waren die Anfechtungen, welche gegen das verurtheilende Erkenntniss der Juristenfacultät zu Leipzig Beklagter um deswillen richtete, weil dasselbe

den Actienverein, nach einer ganz eigenthümlichen Auffassung seines Wesens, als eine universitas quaestuaria prädicirend, aus dem Begriffe einer solchen die Unstatthaftigkeit der obgedachten Ausflucht abgeleitet hatte *). Der hiergegen gerichteten Einwendungen des Beklagten Relation in Nachstehendem:

Welches der römischen societas quaestuaria mehr oder weniger oder auch gar nicht vergleichbare Verhältniss die Rhein-Weser-Eisenbahnactiengesellschaft würde dargestellt haben, wenn der Ausbau der Bahn wäre vollendet und mittels derselben Transport von Gütern und Personen auf Gewinn und Verlust der Gesellschaft wirklich ausgeführt worden, das kann dahingestellt bleiben; bis dahin lag jedenfalls eine wirkliche societas vor. Personen hatten sich vereinigt, hatten bereits Geld zusammengeschossen (das halbe bei Zeichnung der Actien erlegte prCt.) und anderweit Geld einzuzahlen übernommen (die weiter bis zum Ausbau der Bahn abzuführende Rate an 10 prCt. und so weiter fort), um gemeinschaftlich die Herstellung des Werkes zu vollenden. Hierin liegt durchaus nichts von dem Begriffe der societas Abweichendes **). Etwas Ausserwesentliches ist in dieser Beziehung die landesherrliche Confirmation, welche in materieller Hinsicht der Vereinsmitglieder Rechte und Verbindlichkeiten ganz un-

*) M. s. die Beilage A.

**) Insoweit darf ich meine Beistimmung erklären, ohne gegen den Vorsatz zu verstossen, mich in gegenwärtigem Aufsatze eines jeden als mein eigenes ausgesprochenen Urtheils zu enthalten. Die Eigenthümlichkeit der sogenannten Actiengesellschaften beruht im Ganzen und Hauptsächlichen auf der Begebbarkeit der Actien und der dadurch den Actionairs gewährten Möglichkeit, die Aussicht auf illimitirten Gewinn mit einem im Voraus limitirten Verluste zu erkaufen. In dieser Beziehung hat aber bereits das O. A. Ger. sich dahin entschieden — m. s. Bd. 3. XIII. §. 10. S. 346. u. 347. — dass zwischen dem zu errichtenden und dem errichteten Actienverein zu unterscheiden und bei ersterem die Begebbarkeit der Actien unzulässig ist, insofern nicht ein auch in dieser Beziehung confirmirtes Statut sie zulässt. Bei der Rh. W. E. B. A. Gesellschaft hatte aber das Statut keine solche Ausnahme gemacht; denn in §. 8. schrieb es vor, dass wenn ein Actionair seine Actie an Jemand abträte, nach Einzahlung von 40 prCt., so könne auf Beschluss des Verwaltungsrathes die Gesell-

berührt lässt, nur die Form der Geltendmachung derselben anlangend soviel bewirkt, dass das einzelne Mitglied dem Vereine als einer moralischen Person gegenüber steht.

Demnach ist die Rechtsfrage einfach diese: kann ein Gesellschafter, welcher mit andern Personen sich vereinigt hat, irgend ein Werk auf gemeinschaftliche Kosten herzustellen, zu Abführung der vertragsmässig zugesicherten Einzahlung von den Mitgesellschaftern auch dann noch angehalten werden, wenn die Unausführbarkeit des Werkes entschieden vorliegt? Das nun leugnete aber Beklagter. Seine Argumentationen übergehe ich; denn, sie mögen wahr oder falsch sein, so viel scheint mir gewiss, für das möglichst gute Plaidoyer in seinem Sinne darf man die Beilage unter D.*) ansehen. Die unter E. spricht gleich im Eingange die entgegenstehenden Ansichten der dritten Instanz aus.

Beilage A.

Ein Actienverein ist zwar eine Gesellschaft; allein nur insofern, als man das Wort Gesellschaft in einem gewissen weitern Sinne braucht, wo es jeden Verein, den Menschen geschlossen haben, bedeutet. Nicht aber ist ein Actienverein eine Gesellschaft, wenn man darunter jenes Verhältniss be-

schaft den ersten Zeichner der Verhaftung entlassen und sich blos an den Cessionar halten. Während es nun aber jeder Gesellschaft freisteht, einem ihrer Mitglieder den Austritt zu verstatten, weil er Jemand andern stellt, der für ihn einzutreten bereit ist, sollte jener auch noch gar nichts eingezahlt haben und also §. 8. gar nicht von den Grundsätzen der Societät abweicht, ist in §. 7. des Statuts die Begebbarkeit der Actien so lange nicht 40 prCt. bereits eingezahlt wären, sogar für schlechterdings unzulässig erklärt. Demnach kommt hier, wo es sich noch um Einzahlung der ersten 10 prCt. handelte, jene auf der Begebbarkeit der Actien beruhende Eigenthümlichkeit des Verhältnisses gar nicht in Betracht.

*) Hinsichtlich des Abdruckes dieser Beilage ist weiter unten das Nöthige gesagt. Die mit den hier ausgesprochenen im Wesentlichen übereinstimmenden Ansichten des A. Grs. zu Leipzig, das für die Sachen, über die gegenwärtiger Aufsatz berichtet, die Mittelinstanz war, enthält die Beilage unter C.

greift, welches durch den Societätscontract des röm. Rechts hervorgebracht wird und in welchem zwar mehrere Personen einen gemeinsamen Zweck erstreben, aber sich doch fortwährend nur als einzelne Rechtssubjecte angesehen wissen wollen, so dass also ihre Willenserklärung, dritten Personen gegenüber, immer nur der Wille mehrerer Einzelner ist. Wenn daher die socii mit einem Dritten contrahiren, so wollen diese einzelnen socii ihm verbindlich werden und ihn sich verbindlich machen. Dies alles ist bei einem Actienvereine nicht der Fall. Die Mitglieder eines solchen erscheinen, dem Dritten gegenüber, weder als Berechtigte, noch als Verpflichtete, vielmehr soll der Verein selbst das von seinen einzelnen Mitgliedern zu unterscheidende und unterschiedene berechtigte oder verpflichtete Rechtssubject sein, dessen Willensäusserungen nicht Aeusserungen des Willens aller Einzelnen, sondern Aeusserungen eines Gesammtwillens sind. Dies ist aber der Charakter, nicht der societas, sondern der universitas. Ein Actienverein also, zumal ein industrieller, ist eine universitas, welche den Zweck hat, ein gewinnversprechendes Unternehmen in das Werk zu setzen und dessen Mitglieder den Gewinn dieser Unternehmung nach Verhältniss des zu deren Begründung eingeschossenen Capitals, so wie nach Beendigung derselben, das Capital selbst nach Verhältniss des Einschusses unter einander theilen. Man könnte das Hauptmoment dieses Begriffes in die zwei Worte fassen, dass ein industrieller Actienverein eine *universitas quaestuaria* sei. Das Recht auf eine gewisse Quote des Gewinnes, verbunden mit dem eventuellen Anspruche auf eine gleich grosse Quote vom Vermögen des Vereins für den Fall der Auflösung desselben, heisst eine Actie und die Bescheinigung, dass man ein solches Recht und solchen Anspruch habe, ein Actienschein, nicht aber ist Actie unmittelbar ein Antheil am Vermögen des Vereins, denn an diesem hat der Actionair, so lange der Verein besteht, gar keinen Theil, nach dem Rechtsgrundsatze: quod universitas possidet, singula ejus membra non possident.

Vergl. den Bericht der ersten Deputation der ersten Kammer des königl. sächs. Landtags von 1837, den Gesetzentwurf wegen der Actienvereine betreffend. S. 416. flgd.

Für den Vertrag, durch welchen die Mitglieder einer universitas sich vereinigen, hat die Terminologie des röm.

Rechts keinen Namen. Es ist aber dieser Vertrag kein anderer als derjenige, welcher in höheren Verhältnissen, z. B. bei dem Staate, von den Staatsrechtslehrern mit dem Namen des pacti unionis ordinationis belegt wird.

Aus dem bisher Gesagten ergiebt sich, dass eine universitas von dem Augenblicke an besteht, wo die Mitglieder erklären, dass sie dieselbe für constituirt erachten. Positives Erforderniss des gemeinen Rechts und mancher Particulargesetzgebungen ist es zwar, dass die Bestätigung von Seiten des Staats hinzutreten müsse, damit die universitas die Natur einer juristischen Person gewinne, während nach andern Gesetzgebungen (Bürgerl. Gesetzb. der Oestreich. Monarchie Th. I. §. 26.) dies nicht erfordert wird. Inzwischen ist die Bestätigung doch immer nur die positivrechtliche Bedingung, unter welcher eine universitas im Staate von den Behörden und dritten Personen als selbstständige, juristische Persönlichkeit angesehen zu werden verlangen darf; aber sie ist nicht ein natürlich wesentliches Erforderniss ihres Bestehens und es werden also die Mitglieder unter sich, auch ohne erfolgte öffentliche Anerkennung des Vereins, denselben als universitas anerkennen müssen. Ganz besonders aber werden sie hierzu verpflichtet sein, wenn — wie hier — der durch die Mitglieder selbst bewirkten Constituirung der universitas das Anerkenntniss und die Bestätigung des Staates nachgefolgt ist. Mithin werden alle Actionaire der Rhein-Weser-Eisenbahn, welche vor dem 28. Septbr. 1836 ihre Actienanmeldungen nicht zurückgenommen haben, den Rhein-Weser-Bahnverein, als eine seit dem 28. Septbr. rechtlich bestehende universitas anerkennen müssen. Die juristische Person dieser universitas nun (nicht die Direction des Vereins, die nur als Repräsentantin der universitas gegen dritte Personen auftritt) ist es, welcher sich diejenigen, die sich zu Actien anmeldeten, dazu verbindlich gemacht haben, ihr, dieser juristischen Person, gewisse nach der Zahl der genommenen Actien zu berechnende Summen zum Behuf der Unternehmung, welche der Zweck des Vereins ist, einzuzahlen. Als Gegenleistung empfangen sie das Recht auf verhältnissmässige Theilnahme an gehofftem, künftigen Gewinn und das eventuelle Recht auf eine Quote des Vereinsvermgens für den Fall der Auflösung. Nun ist

aber die Frage aufgeworfen worden, ob nicht diese Verbindlichkeit dadurch wiederum erloschen sei, dass man den Zweck des Vereins als einen unerreichbaren anerkannt habe, ja es ist sogar behauptet worden, dass ein Vertrag, welcher auf einen Gegenstand sich beziehe, dessen Möglichkeit noch Zweifeln unterliege, so lange als diese Möglichkeit nicht ausser Zweifel gesetzt sei, entweder gar nicht als Vertrag, oder doch nur als ein solcher betrachtet werden könne, der unter einer stillschweigenden Suspensivbedingung eingegangen worden sei und dass also das Verhältniss, welches die Contrahenten herzustellen beabsichtigen, erst mit dem Eintritt der Bedingung, hier der entschiedenen Möglichkeit begründet werde. Man kann jedoch in Bezug auf ein Verhältniss, wie das hier vorliegende, dieser Ansicht sicht beipflichten. Im Allgemeinen kommt es schon bei der blossen societas nicht sowohl darauf an, ob der Zweck, zu dessen Erreichung sich mehrere Personen mit einander verbinden, wirklich möglich ist, sondern nur ob sie ihn bei Eingehung des Gesellschaftsvertrages für möglich halten. Wenn die socii sich zu einer Unternehmung, von der sie entweder nicht gewiss wussten, ob sie möglich war, oder die sie irrig für möglich hielten, verbunden haben, so besteht die Societät, wenigstens so lange, bis die Unmöglichkeit erkannt ist. Es würden also, wenn einige socii Capital hergegeben hätten, und hiervon einen Theil für den späterhin als unerreichbar erkannten Zweck unter allgemeiner Zustimmung verwendet worden wäre, die übrigen socii, welche nichts eingezahlt hätten, verbunden sein, ihren Antheil an diesem Verluste zu tragen und also wenigstens so viel einzuzahlen, als nöthig wäre, um die socios, welche gezahlt hatten, antheilig zu entschädigen. Dies letztere heisst aber, juristisch betrachtet, immer nichts anderes als: es muss die volle, nach dem Societätscontracte zu gewährende Rate von allen sociis eingezahlt, aus dieser gemeinschaftlichen Casse der im gemeinschaftlichen Interesse — wenn schon vergeblich gemachte Aufwand bezahlt und der verbleibende Rest an alle socios pro rata wiederum vertheilt werden. Im concreten Falle kann jedoch eine Abkürzung dieses Verfahrens stattfinden. Wenn nämlich von einer aus vier Personen bestehenden Gesellschaft A.

und B. ihre Rate jeder mit 100 Thlrn. eingezahlt, C. und D. aber die gleiche Rate in Rückstand gelassen haben, hierauf von den eingezahlten 200 Thlrn. die Hälfte mit 100 Thlrn. um des Gesellschaftszweckes willen verausgabt worden ist, und dieser Zweck nunmehr als unerreichbar erkannt, mithin aufgegeben und die Gesellschaft aufgelöst wird, so wird A. und B. nur selten ein Interesse daran haben, dass C. und D. jeder 100 Thlr. nachzahlen und diese 200 Thlr. zusammen mit den, von der Einzahlung des A. und B. noch übrigen 100 Thlrn., an jeden socius mit 75 Thlrn. vertheilt werden, sondern sie werden sich meistens damit begnügen können, dass C. und D. jeder nur noch 25 Thlr. einzahlen und zugleich auf die Theilung des Fonds verzichten, so dass also die solchergestalt gebildete Casse von 150 Thlrn. blos unter A. und B. vertheilt wird, wo denn nun jeder von diesen beiden 75 Thlr. statt der eingezahlten 100 Thlr. wiederbekommt, mithin 25 Thlr. verliert. Eben so viel verlieren auch C. und D. Mithin ist der Verlust, wie Rechtens, unter alle gleich vertheilt. Es mag dahin gestellt bleiben, ob man von dem Augenblicke an, wo die Unerreichbarkeit des Gesellschaftszweckes von allen sociis anerkannt wird, die societas als nicht mehr bestehend, sondern ipso jure als aufgelöst betrachten könne. Allein so viel wenigstens ist gewiss, dass die Wirkungen der bis dahin bestandenen Vereinigung dadurch nicht aufgehoben werden. Die Voraussetzung der Erreichbarkeit des Gesellschaftszweckes erscheint also in Bezug auf den bereits geschlossenen, und von einigen sociis wenigstens theilweise erfüllten Gesellschaftsvertrag, nicht als conditio suspensiva, sondern vielmehr die erkannte Unmöglichkeit, ihn zu erreichen, als eine conditio resolutiva. Uebrigens konnte allerdings, dafern nicht ein Anderes ausdrücklich bedungen war, jeder socius schon früher — wenn auch nur er, für seine Person, die Ueberzeugung fasste, dass der Gesellschaftszweck unerreichbar sei — abgehen und es seinen bisherigen Gesellschaftern überlassen, ob sie die Societät fortsetzen (eigentlich nur eingehen) wollten oder nicht. Seine Verpflichtungen zur Einzahlung des versprochenen Capitals aber, vorbehältlich des Anspruches auf Berechnung und Theilung, blieben immer dieselben. (Socios a se, non se a sociis

liberavit.) Noch weniger können sich die Beklagten in den sämmtlichen gegenwärtigen Sachen auf die Unmöglichkeit, den Zweck des von den Klägern vertretenen Vereins zu erreichen, beziehen, um zu beweisen, dass der klagende Verein kein Recht habe, von ihnen die geklagten Zahlungen zu fordern, oder vielleicht sagen, dass er gar nicht als bestehend anzusehen sei. Was diese Unmöglichkeit selbst anlangt, so soll sie darin beruhen, dass nicht die sämmtliche Zahl von Actien abgesetzt und kein hinlänglich grosser Fonds zusammengebracht worden ist, weshalb denn in der fünften Generalversammlung am 11. Mai 1839 die dort erschienenen Mitglieder selbst die Nothwendigkeit anerkannt hätten, die Gesellschaft, die eigentlich, eben weil nicht alle Actien untergebracht worden, noch gar nicht zur Existenz gekommen sein soll, wiederum aufzulösen. Allein eine universitas besteht, wie schon oben bemerkt, als juristische Person, sobald sie sich constituirt hat, und zumal sobald sie confirmirt worden ist. Sie besteht, wenn auch bei ihrer Gründung auf eine noch so grosse Vermehrung der anfänglichen Mitgliederzahl gerechnet worden wäre und es wird ihr Entstehen und Fortbestehen dadurch keinesweges gehindert, dass diese mehreren Mitglieder sich nicht wirklich einfinden. Eben so wenig wird sie aufgelöst, wenn Einige oder selbst Viele von ihren anfänglichen Mitgliedern abgehen, vielmehr existirt sie noch in der kleinsten Zahl fort und behält also auch ihre, auf rechtsbeständige Weise erworbenen Forderungsrechte an ihre verbliebenen wie an ihre ausgeschiedenen Mitglieder. Was aber den Mangel an den nöthigen Fonds betrifft, so ist dieser gar keine Unmöglichkeit der Art, welche nur eine blosse societas, geschweige denn eine universitas in einen Zustand bringen könnte, wo sie ipso jure als aufgelöst angesehen werden müsste; denn jenem Mangel kann auf vielfältige Weise abgeholfen werden. Es ist vielmehr nur eine Frage der Klugheit, ob es zweckmässiger sei, solche Mittel zur Herbeischaffung der nöthigen Gelder zu ergreifen, oder lieber freiwillig von dem Unternehmen zurückzutreten, wenn man Grund hat, zu fürchten, dass dasselbe einen verhältnissmässig zu geringen Gewinn darbieten werde. Ob man das Eine oder das Andere thun wolle, darüber hat lediglich der

in einem verfassungsmässigen Beschlusse sich aussprechende Gesammtwille der universitas zu entscheiden. Von einer wirklichen, zumal absoluten Unmöglichkeit, wie etwa die Zurücknahme der Erlaubniss zum Baue sein würde, ist hier gar nicht die Rede. Erlöschen kann eine universitas (ausser durch den Eintritt über die Dauer derselben in die Statuten aufgenommener Bestimmungen und in vielen Fällen durch Eintritt der Insolvenz) nur durch den verfassungsmässigen Beschluss der Theilnehmer oder durch Aufhebung von Seiten des Staates. Keiner von diesen Fällen ist hier vorhanden; namentlich ist in der fünften Generalversammlung nicht die Auflösung ausgesprochen, sondern nur erklärt worden, dass dieselbe künftig werde ausgesprochen werden müssen, und von jetzt an Vorbereitungen zu derselben zu treffen seien.

Dagegen ist es unwirksam, wenn die Beklagten sich darauf berufen, dass die Kläger nach §. 9. der Statuten, einen säumigen Zahlungspflichtigen nicht zu gleicher Zeit ausschliessen, und auch zur Zahlung des Rückstandes anhalten könnten, sondern nur berechtigt wären, das eine oder andere zu wählen, und dennoch gegen die Beklagten beide Maassregeln in Anwendung gebracht hätten, indem man einerseits beschlossen habe, diejenigen, welche mit Einzahlungen in Rückstand wären, in den Generalversammlungen nicht zuzulassen, und dennoch andererseits gegen diese Restanten klage. Allein jene von den Klägern nicht in Abrede gestellte Weigerung, die Restanten zu den Generalversammlungen zuzulassen, ist doch ganz gewiss nicht als eine Ausschliessung aus der Gesellschaft oder als eine Erklärung, dass die Restanten des Rechts an dem Vereine verlustig wären, zu betrachten. Folglich kann auch dieser Umstand dem Beklagten nicht gegen die Klage zu statten kommen. Ob übrigens die Generalversammlung zu der letztgedachten Maassregel befugt war, ist ein Gegenstand, dessen Erörterung nicht hierher gehört. Das versteht sich übrigens von selbst, dass wenn der Verein einen säumigen Actionair wirklich ausgeschlossen und vielleicht sogar seine Actie anderweit verkauft hätte, er dann nicht berechtigt wäre, den Rückstand auch noch von dem Säumigen einzuklagen, und also den Betrag der Einzahlung zweimal zu verlangen. Wichtiger könnte auf den ersten

Anblick die Frage erscheinen: ob überhaupt ein Actionair zu Zahlungen an den Actienverein angehalten werden könne und ob es ihm nicht vielmehr freistehe, seine Actie zu jeder Zeit ins Freie fallen zu lassen, sich selbst aber dadurch jeder Zahlungsverbindlichkeit zu entledigen? Nun ist es zwar richtig, dass da, wo die Actien eines Vereins au porteur lauten, eine Einzahlung in der Regel vom Verein gar nicht verlangt werden kann. Denn der Sinn des Vertrages, der einem solchen Verein zum Grunde liegt, ist wenigstens in den meisten derartigen Fällen kein anderer als der, dass der seinem Namen nach präsumtiv unbekannte Uebernehmer oder Besitzer einer Actie, einen Antheil an dem zu hoffenden Gewinn des Unternehmens unter der Bedingung kauft, dass ihm derselbe zu Theil werden solle, wenn er, der Actieninhaber, die statutenmässigen Zahlungen wirklich leistet. Diese Grundsätze gelten auch z. B. bei den Actien der Leipziger-Dresdner und der sächsich-bairischen Eisenbahn. Inzwischen braucht gegenwärtig hiervon nicht weiter die Rede zu sein, da jene Präsumtion durch die oben angeführten Artikel der von dem Verein in der ersten Generalversammlung entworfenen und von der Staatsbehörde confirmirten Statuten aufgehoben ist, überhaupt gleich vom Anfange herein, bei Bildung des Vereins das Verfahren ein solches war, wo bestimmte Personen sich zu einer bestimmten Leistung gegen den Verein verpflichteten. Es ist übrigens schon mehrfällig bemerkt worden, theils dass jeder der Beklagten sich jenen Statuten gleich bei der Anmeldung ausdrücklich unterworfen hat, theils dass schon in dem Prospectus mit klaren Worten bestimmt ist, wie diejenigen, welche in der ersten Generalversammlung nicht erschienen, allen dort gefassten Beschlüssen für unterworfen geachtet würden. Folglich kann auch an und für sich nicht in Abrede gestellt werden, dass jeder die dort beschlossene und später statutenmässig ausgeschriebene und eingeforderte Einzahlung von 10 prCt. auf die gezeichnete Actiensumme, nicht minder die geordnete Conventionalstrafe für den eingetretenen Fall der Säumniss zu zahlen habe.

Eben so gewiss ist es, dass die Säumigen 1) durch die Directoren der Gesellschaft und namentlich durch die jetzt als solche aufgetretenen Personen, und 2) dass sie vor dem

Stadtgericht zu N. wegen jener Ansprüche belangt werden können; durch die Directoren laut §. 31. und 32. der Gesellschaftsstatuten und weil die Directoren verfassungsmässig gewählt sind; vor dem Stadtgerichte zu N., weil dieses Gericht das forum ordinarium der Beklagten ist und die Bestimmung in §. 39. der Statuten, dass die Streitigkeiten zwischen dem Verein und den Actionairen durch Schiedsrichter entschieden werden sollen, auf diejenigen nicht angewendet werden kann, welche, indem sie die Zahlung verweigern, ihre Qualität als Actionaire in Abrede stellen.

Beilage B.

Begründet ist die Einrede, dass der Verklagte durch seine Ausschliessung von den spätern Generalversammlungen aufgehört hatte, Mitglied der Rh.-Wes.-Eisenb.-Act.-Gesellschaft zu sein, und mit dem Verluste seiner bisherigen Rechte auch aller seiner Verpflichtungen entbunden sei. Es ist unbestritten, dass der Verklagte nach gehörig geschehener Aufforderung auch innerhalb der nach Eingang der Allerhöchsten Bestätigung abgelaufenen Frist von vier Wochen die ausgeschriebenen vollen 10 prCt. seiner Actien nicht eingezahlt hat. Es trat daher gegen ihn die Bestimmung des § 9. der Statuten in Kraft, wonach er ausser der bereits verfallenen Conventionalstrafe von 1 prCt. seiner Actien, auch sein Recht an der Gesellschaft, so wie das bereits Bezahlte verloren hat, es sei denn, dass die Gesellschaft vorziehen sollte, ihn zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten anzuhalten. Diese Bestimmung des §. 9., welche wörtlich heisst: „Wer nach statutenmässiger Aufforderung die gestellte Frist ohne Zahlung verstreichen lässt und binnen einer weitern Frist von vier Wochen keine Zahlung leistet, soll sein Recht an der Gesellschaft verlieren, und das früher Bezahlte dieser anheimfallen, wenn sie nicht vorzieht, den Zahlungspflichtigen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit anzuhalten;“ giebt der Gesellschaft offenbar nur das alternative Recht, die Wahl, den zahlungssäumigen Actionair entweder seiner Rechte an der Gesellschaft für verlustig zu erklären und aus der

Gesellschaft zu entfernen, oder aber ihn zur Zahlung seiner fälligen Beiträge fernerhin anzuhalten, wonach denn auch die Folgen des einen oder andern verschieden sein müssen. Es fragt sich daher zunächst, welche Alternative hat die Gesellschaft gegen den Verklagten gewählt. Statutenmässig bestehen die Rechte der Actionaire hauptsächlich in der Theilnahme an den Beschlüssen in Generalversammlungen und im Genusse der künftigen Gewinn-Dividenden. (§. 16 — 25 der Statuten.)

Um sich den Eintritt in die Generalversammlung zu verschaffen, ist jeder Actioair verbunden, in den beiden Tagen zuvor sich auf dem Büreau der Direction zu legitimiren und die Eintrittskarte in Empfang zu nehmen. (§. 22. huj.) Als die Generalversammlung am 18. Juni 1838 bevorstand, wurde dem Verklagten eine solche verweigert, und auf seine Beschwerde von dem Verwaltungsrath ein Bescheid dahin ertheilt: „dass sich der Verwaltungsrath erlaube auf die betreffenden §§. des Statuts zu verweisen und er demgemäss beschlossen habe, dass nur solche Actionaire in der nächsten Generalversammlung zugelassen werden könnten, welche die ausgeschriebene Einzahlung von 10 prCt. vorab zum Vollen bezahlt hätten."

Dieser Ausspruch ward auch in der genannten Generalversammlung auf die Beschwerde eines 253 Stimmen vertretenden Actionairs durch den Verwaltungsrath und an die Direction mit triftigen Gründen (wie es in dem darüber aufgenommenen Protokolle heisst) dahin erläutert, dass der genannte Gesellschaftsvorstand den Restanten nur dann erst die Ausübung ihrer zur Zeit ruhenden Stimmrechte wieder einräumen könnte, wenn dieselben den statutgemäss ihnen obliegenden Zahlungsverbindlichkeiten nachgekommen sein würden. In der späteren vierten Generalversammlung vom 26. Febr. 1839 wurde dieser Punkt nochmals reiflich erörtert, und zum Beschluss erhoben, dass die Verfügung des Verwaltungrathes, nach welcher nur diejenigen Actionaire, welche die fälligen Actienraten zum Vollen eingezahlt hätten, zu einer Generalversammlung zugelassen werden sollten, richtig und auch für die Folge angemessen sei. Durch eine solche Beschlussnahme sind aber dem zahlungsweigernden Gesellschaftsmitgliede seine

vorzüglichsten Rechte, sein Sitz- und Stimmenrecht in der Gesellschaft entzogen, er wenigstens muss mit Recht annehmen, dass die Gesellschaft es nicht hat vorziehen wollen, ihn zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten anzuhalten, und auf das Recht, ihn zu excludiren, zu verzichten. Nach §. 9. des Statuts konnte dieselbe den Verklagten nur entweder gänzlich ausschliessen, oder ihn im Genusse aller Rechte eines Mitgliedes belassen und zur Einziehung dieser schuldigen Beiträge die geeigneten Mittel ergreifen. Dass die Gesellschaft später beschlossen hat, die Ausschliessung des Restanten solle nur temporär geschehen, kann einem solchen Actionair nicht präjudiciren, einmal, weil es nur ein Beschluss der übrigen Mitglieder, wobei die ausgeschlossenen nicht vertreten gewesen sind, ist, anderntheils, weil das Statut nirgends eine Bestimmung enthält, wodurch eine derartige bedingte und temporäre Ausschliessung der Actionaire zugelassen wäre. Die Ungereimtheit einer solchen Bestimmung würde aber auch am Tage liegen, wenn ein, in solcher Art ausgeschlossener Actionair, dessen ursprüngliche Absicht es war, mit den übrigen Mitgliedern ein gemeinschaftliches Geschäft zu betreiben, von aller Mitwirkung an demselben entfernt gehalten würde, während er zu ferneren Beiträgen verpflichtet bleiben und sich die Beschlüsse der übrigen ohne Widerrede gefallen lassen müsste. Er würde in einem solchen Falle gegen seinen Willen gleiche Pflichten aber ungleiche Rechte an dem gemeinschaftlichen Unternehmen haben. Hat daher der Verwaltungsrath der Rh.-Wes.-Eisenb.-Act.-Gesellschaft statutenmässig gehandelt, so hat er nur den §. 9. des Statuts befolgen können und dann entweder die Restanten förmlich dadurch excludirt, oder ihnen den ganzen Umfang ihrer bisherigen Rechte belassen. Jede Modification der Vorschrift des §. 9. war rücksichtlich des Verklagten ungültig, und da in casu durch den gedachten Bescheid des Verwaltungsrathes dem Verklagten das jedem ordentlichen Mitgliede gebührende Sitz- und Stimmenrecht genommen worden ist, so muss man annehmen, dass gegen ihn die erste Alternative des §. 9. zur Anwendung gebracht und der Verklagte deshalb als von der Gesellschaft gänzlich ausgeschlossen zu betrachten ist. Zum Nachtheil des Verklagten kann die Gesellschaft nunmehr, da

sie einmal gewählt hat, nicht weiter die andre Alternative ergreifen. Aber welche Folgen führt eine solche Ausschliessung des Verklagten von der hier in Rede stehenden Gesellschatt mit sich? §. 9. des Statuts sagt in dieser Beziehung, dass der Zahlungssäumige sein Recht an der Gesellschaft verlieren und das früher Gezahlte dieser anheim fallen solle. Der Verklagte hat also seine Rechte an der Gesellschaft eingebüsst, und ist das bei Gelegenheit der Actienzeichung gezahlte $\frac{1}{2}$ prCt. des Betrages der Gesellschaft verfallen. Mit seinen Rechten an der Gesellschaft haben aber auch die Verpflichtungen des Verklagten zu derselben aufgehört. Schon im Allgemeinen ist es ungesetzlich, dass Gesellschaftsmitgliedern blos Pflichten und keine Rechte angewiesen sind (vid. §. 245. Thl. I. tit. 17. des A. L. R.), es sei denn eine Schenkung vorhanden, wovon jedoch das Gegentheil das Gesellschaftsstatut im vorliegenden Falle beweist. Aber auch aus diesem Statute selbst folgt es, dass der Verklagte durch Ausschliessung auch aller Verbindlichkeiten gegen die Gesellschaft entbunden worden ist.

Beilage C.

Wenn auch, wie in dem vorliegenden Falle, eine Actiengesellschaft von dem betreffenden Staate die Rechte einer Corporation erhalten hat, oder schon ihrer Natnr nach wenigstens gewisse Eigenschaften einer universitas haben mag, so kann doch auf keine Weise behauptet werden, dass ihr deswegen das Eigenthümliche abgehe, was mit einer Erwerbsgesellschaft der Natur der Sache nach verbunden sein muss.

Denn dem Ursprunge und dem Zwecke nach bleibt eine Actiengesellschaft immer ein Verein Mehrerer, welche in der Absicht, Gewinn zu ziehen, zusammengetreten sind, um ein bestimmtes Unternehmen auszuführen, oder durch gewisse von der Gesellschaft zu erwählende Directoren ausführen zu lassen, und die dazu nöthigen Mittel bis auf eine gewisse Summe herbeizuschaffen.

Es ist also mit Grunde Rechtens anzunehmen, dass diejenigen, welche einer solchen Gesellschaft sich anschliessen, diess nur unter der Voraussetzung und stillschweigender Be-

dingung thun, dass das beabsichtigte Unternehmen auch wirklich ausgeführt werde und sagen sie, wie diess bei den Actionairs der Rhein-Weser-Eisenbahnactiengesellschaft nach dem der Klage beigelegten Prospecte und Statut geschehen, bestimmte Beiträge, weshalb sie persönlich gehalten sein wollen, zu, so kann diess der Natur der Sache nach auch nur unter jenen Voraussetzungen geschehen sein. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde man nicht vermeiden können, in die grössten Inconvenienzen zu gerathen. Denn wenn z. B. jeder Actionair zu Einzahlung von 100 Thlr. dergestalt sich persönlich verpflichtet hätte, dass er diese 100 Thlr. in gewissen Raten zu erlegen versprochen, es zeigte sich aber vor oder kurze Zeit nach dem Beginnen der Ausführung des Unternehmens, dass es nicht auszuführen sei, und nicht fortgesetzt werden könne, so würden dessenungeachtet die Vertreter eines solchen Vereins berechtigt sein müssen, die vollen 100 Thlr. von jedem Actionair einzutreiben, weil er sich einmal verbindlich gemacht hatte, diese Summe in die Gesellschaftscasse einzuzahlen, während entweder überhaupt ein Aufwand noch nicht statt gefunden, oder der gemachte nur ein ganz geringer wäre und zu den 100 Thlr. in keinem Verhältniss stände.

Dass eine solche Inconvenienz bei dem hier vorliegenden Unternehmen nicht beabsichtigt gewesen ist, kann schon daraus abgenommen werden, dass nach §. 11. des der Klage beigegebenen Statuts dasjenige, was nach Berichtigung von 10 prCt. des Betrags einer Actie noch restire, vor und nach, so wie die Ausführung der Bahn fortschreite, in Raten von 10 prCt. eingefordert werden soll. Es ist hierdurch offenbar anerkannt, dass die Zahlungsverbindlichkeit der ersten Zeichner von dem Fortschreiten des Baues der Bahn abhängig gemacht worden ist, obgleich §. 7. der Statuten die Bestimmung enthält, dass der erste Zeichner einer Actie für die Einzahlung von 40 prCt. des Nominalbetrages derselben unbedingt verhaftet sein solle, so wie §. 11., dass 10 prCt. des Betrages einer Actie sogleich nach erlangter Confirmation des Statuts einzuzahlen wären. Wollte man die Bestimmuug des Statuts so ausdehnend erklären, dass die unbedingte Verpflichtung zur Zahlung von 40 prCt. als eine solche anzusehen

wäre, welche einträte, das Unternehmen möge nun ausgeführt werden oder nicht, so liesse sich diess keineswegs mit der Bestimmtheit des §. 11. des Statuts vereinigen, und deshalb muss selbst nach dem Geiste der Statuten angenommen werden, dass das dem Anscheine nach unbedingte Versprechen, 40 prCt. zu zahlen immer nur unter der Voraussetzung, dass das Unternehmen ausgeführt werden könne, geleistet und angenommen worden ist. Was aber von dem Ganzen gilt, muss auch von den einzelnen Theilen gelten und deshalb ist das hier behauptete auch auf die §. 11. der Statuten erwähnte erste Einzahlung von 10 prCt. als einen Theil der §. 7. gedachten 40 prCt. anzuwenden.

Unter diesen Umständen kann der von den Verfassern des vorigen Urthels aufgestellte Grundsatz, dass in den Fällen, wo es gewiss sei, dass der von einem gesellschaftlichen Vereine beabsichtigte Zweck nicht zu erreichen stebe und einige Gesellschaftsmitglieder die ihnen obgelegenen Capitalzahlungen bereits geleistet, die andern, welche diess nicht gethan, noch den ganzen Betrag des Capitals, zu dessen Einschiessung sie sich ursprünglich verpflichtet, in die gemeinschaftliche Casse einzahlen müssten, damit alsdann aus dieser Casse der im gemeinschaftlichen Interesse gemachte Aufwand bezahlt und das Uebrigbleibende an alle Theilnehmer der Gesellschaft pro rata vertheilt werden könne, als richtig nicht anerkannt werden, und weder der Umstand, dass der Rhein-Weser Eisenbahnactiengesellschaft die Rechte einer Corporation zustehen, noch die von den Verfassern des vorigen Erkenntnisses aus diesem Rechtsverhältnisse hergeleitete Behauptung, dass, weil eine Corporation auch dann noch bestehe, wenn der grösste Theil der Mitglieder derselben ausgetreten, eine Auflösung aber nur durch verfassungsmässigen Beschluss der Theilnehmer oder durch Aufhebung von Seiten des Staates, oder durch Insolvenz begründet werden könne, rechtfertigen die Verurtheilung des Beklagten, indem ein Fortbesteben nach Aufgabe des Unternehmens nicht mehr für den ursprünglichen Zweck, sondern lediglich zur Auflösung des Geschäftes und Abwickelung der Geschäfte gedacht, deshalb aber nicht sowohl mehr von den gegenseitig unter sich begründeten, als von den Seiten der Gesammtheit gegen Dritte bestehenden und bei

dem Versuche der Ausführung übernommenen Verbindlichkeiten die Rede sein kann. Sobald nämlich eine solche Corporation, sei es durch Erklärung der stimmberechtigten Mitglieder oder durch Beschluss ihrer Vertreter, dahin gelangt ist, dass sie das Unternehmen, weshalb sie zusammengetreten ist, entschieden aufgiebt, was bei dem ursprünglich beschlossenen Baue einer Eisenbahn offenbar dadurch geschieht, dass der Bau in Folge der anerkannten Unausführbarkeit eingestellt und das deshalb angeschaffte bewegliche und unbewegliche Eigenthum der Gesellschaft verkauft wird, so tritt, der Natur der Sache nach, eben so gut wie bei einer einfachen Societät der Zustand der Liquidirung des Geschäftes ein, und ein solcher Zustand lässt mit der Idee, dass der vorgehabte Zweck doch immer noch zu erreichen sei, auf keine Weise sich vereinigen, vielmehr muss angenommen werden, dass unter solchen Verhältnissen der betreffende Verein seinem Zwecke und inneren Verhältnisse nach aufgelöst ist, wenn schon das Rechtssubject der Corporation vielleicht nach aussen noch durch einen Theil der Gesellschaft aufrecht erhalten wird.

Betrachtet man den Zustand der Liquidirung eines gesellschaftlichen Vereins, so ist dabei kein Unterschied zwischen einer Corporation oder, wie die Verfasser des vorigen Urthels den vorliegenden Verein benennen, einer universitas quaestuaria und einer sonstigen Erwerbsgesellschaft zu finden. Eine solche Corporation hat nämlich, so gut als die einfache Societät, gemeinschaftliche Schulden und der Zweck der Liquidirung besteht bei beiden nur darin, durch die Geldverwerthung des Eigenthums die Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden möglich zu machen, und nach Schlusse dieses Geschäftes sich zu überzeugen, ob Gewinn oder Verlust eingetreten sei. Es ist also kein ausreichender Grund aufzufinden, weshalb in Fällen der Liquidirung eines Actiengeschäfts nicht dieselben Regeln sollen beobachtet werden, als bei Liquidirung eines einfachen Societätsgeschäftes von der Natur der Sache geboten werden.

Nun leuchtet aber ein, dass die Frage, ob bei einem gesellschaftlichen Unternehmen, welches liquidirt wird, Gewinn oder Verlust eingetreten sei, erst nach Einziehung oder

wenigstens ganz zuverlässiger Ermittelung der vorhandenen Deckungsmittel und Berichtigung oder genauer Constatirung der Passiven, beantwortet werden kann und dass, wenn einige Gesellschafter Gesellschaftscapital bereits eingeschossen haben, während andere damit in Rückstand geblieben sind, nach Beendigung jenes Geschäftes eine Berechnung eintreten muss, um auszumitteln, ob diejenigen, welche ihre Beiträge eingezahlt, noch etwas herauszubekommen haben und welcher Beitrag im Falle des Verlustes die Restirenden zu dessen Deckung leisten müssen. Es würde aber jedenfalls eine dem vorliegenden rechtlichen Verhältnisse ganz widerstreitende Maassregel sein, wenn man, ohne genau vorher übersehen zu können, auf wie hoch, im Falle des präsumtiven Verlustes, dieser letztere sich belaufen werde, die Gesellschafter, welche mit ihren Einlagen noch im Reste wären, vor Fertigung der Schlussrechnung anhalten wollte, den vollen Betrag der versprochenon Einzahlung zu zahlen. Denn diess würde nur dahin führen, dass, wenn der Verlust unbedeutend ist, die eingezahlten Gelder unbenutzt in der Gesellschaftscasse liegen blieben, und vielleicht erst nach geraumer Zeit dasjenige, was jeder Gesellschafter nach Abschluss der Schlussrechnung wieder herauszubekommen hätte, ihm gezahlt werden könnte.

Diesen Uebelstand haben auch die Verfasser des vorigen Erkenntnisses gefühlt und die Möglichkeit der Abkürzung des bei der Liquidirung zu beobachtenden Verfahrens in der vorstehend bemerkten Art zugegeben, sie haben aber die Gründe, weshalb eine solche Verfahrungsweise bei Actiengesellschaften der vorliegenden Art nicht statt finden könne, nur aus dem Corporationsverhältnisse einer solchen Societät hergeleitet, was nach dem oben Gesagten nicht gebilligt werden kann*).

*) In gleichem Sinne wie das App. Gr. zu Leipzig, hat das zu Dresden entschieden, als ein in Zahlung der rückständigen Actienrate verurtheilter Actionair zu Abwendung der Hülfsvollstreckung in terminis executivis beibrachte, es sei die Gesellschaft im Liquidiren begriffen. Auch die Entscheidungsgründe dieses Urthels folgen nachstehend unter D.

Beilage D.

Bereits fol. ist auf die Rechtsgrundsätze hingewiesen worden, wonach das rechtliche Fortbestehen einer jeden Erwerbsgesellschaft bedingt ist, durch die Fortdauer des Zweckes, für welchen sie errichtet worden ist, insbesondere aber Verbindlichkeiten, die lediglich zur Erreichung dieses Zweckes, zu Anschaffung der dazu nöthigen oder gewählten Mittel übernommen worden sind, von selbst erlöschen, sobald der Zweck vereitelt oder aufgegeben wird.

L. 63. §. ult.*) D. pro socio 17. 2. Neque enim ejus rei, quae jam nulla sit, quisquam socius est.

Pr. Landr. Th. I. Tit. 17. §. 277.

Dahin gehören denn offenbar vornehmlich die Einlagen oder Fonds, welche ein socius zu Betreibung des gemeinsamen Geschäftes herzuschiessen sich anheischig gemacht hat. Sind diese zu der Zeit, wo das Geschäft selbst eingestellt wird, noch nicht vollständig geleistet, so fällt jede Verbindlichkeit zu ihrer weiteren Einschiessung nothwendig weg, sie können als solche nicht mehr gefordert werden, wenn gleich den Genossen gegeneinander und namentlich gegen den,

*) Es kann etwas eine Rechtswahrheit sein und dennoch sich mit keiner Stelle des röm. Rechts belegen lassen. Ob der Satz, dem §. ult. cit. zum Belege dienen soll, nach meinem Urtheile eine Rechtswahrheit sei oder nicht, darüber spreche ich nicht. Jedenfalls scheint dafür kein Beleg §. ult. cit. zu sein. Den Römern ist die societas eine auf Vertrag beruhende communio. Geht das Object dieser communio unter, so erlöscht die societas. Daraus folgt, dass wenn von einer Societät eine Eisenbahn wäre hergestellt, diese also Object der gesellschaftlichen communio geworden wäre, dann aber durch ein Naturereigniss verschwände, man die societas, das auf Vertrag beruhende gemeinschaftliche Recht an der Bahn für erloschen anzusehen hätte. Nur diess, nichts anderes spricht §. ult. cit. aus. M. vergl. hiermit die vollständige Stelle. Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione; ideoque sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit, distrahi videtur societas. Intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione, aut morte; res vero, quum aut nullae relinquantur, aut conditionem mutaverint, neque enim ejus rei, quae jam nulla sit, quisquam socius est, neque ejus, quae consecrata publicatave sit; voluntate distrahitur societas renuntiatione.

welcher nicht volle Einlage geleistet hat, noch Ansprüche zustehen können. Diese können auf das blosse Versprechen der Einlage durchaus nicht gestützt werden, sondern sind auf andre Weise, nämlich durch Darlegung der zur Zeit, wo das Geschäft seinen Fortgang hatte, entstandenen Verhältnisse zu begründen.

Können diese Sätze nicht bestritten werden, so lässt sich auch nicht absehen, wie sie dadurch eine Aenderung leiden könnten, dass eine Societät vom Staat als moralische Person erkannt ist.

Denn mit einziger Ausnahme des bekannten, hier aber gar nicht einschlagenden Satzes, dass Mitglieder einer Corporation für die Schulden derselben nicht persönlich haften, ist in den Rechten keine Spur davon zu finden, dass moralische Personen in Contractsverhältnissen rechtlich anders zu beurtheilen wären, als physische. Haben also die Kläger, wie liquid dargethan und überdiess von ihnen eingeräumt ist, der Concession zu Anlegung einer Eisenbahn zwischen Rhein und Weser entsagt, mithin den einzigen Zweck, zu welchem sie sich als Gesellschaft constituirt hatten, aufgegeben, so kann ihre Gesammtheit dadurch, dass ihr dessenungeachtet die Rechte einer moralischen Person noch für eine Zeit lang vorbehalten sind, keineswegs solche Ansprüche gegen die einzelnen Actionaire bewahrt haben, welche lediglich durch die Fortdauer des Zweckes bedingt waren. Sie kann dadurch insbesondere nicht befugt worden sein, die zu Anlegung einer Bahn, welche von ihr nicht angelegt wird, bewilligten Einlagen einzutreiben, weil sich noch nicht übersehen lässt, ob dieselben durch das, was die Einzelnen zu den aufgewendeten Kosten und den Schulden der Gesammtheit werden beizutragen haben, werden erschöpft werden, ja nach den eigenen Zugeständnissen der Kläger fol. ist dieser Fall sogar unwahrscheinlich.

L. 173. §. 2. D. de R. I. 50. 17. Dolo facit qui petit quod redditurus est.

Den Willen, solche exorbitante Rechte zum Nachtheile Dritter der Gesellschaft zu ertheilen, konnte das kön. preuss. Ministerium des Innern gar nicht hegen, und hätte es ihn gehabt, nicht ausführen. Es hat aber auch daran gar nicht

gedacht. Dies hat es auf gar nicht zu missdeutende Weise zu erkennen gegeben durch den Beisatz, den es nach fol. bei der den Klägern gewährten ferneren Gestattung der moralischen Persönlichkeit gemacht hat. Es hat ihnen nämlich diese Eigenschaft nur zugestanden: Behufs der Abwickelung ihrer Verhältnisse. Darin liegt ja offenbar, dass Seiten des gedachten Ministeriums nicht beabsichtigt worden ist, etwas zu ändern an dem aus der Natur der Sache folgenden Rechtszustande, vermöge dessen eine Gesellschaft, die ihren Zweck aufgegeben hat, auch nur diejenigen Rechte haben kann, die von dessen Fortdauer unabhängig sind, und die schon daraus fliessen, dass dieser Zweck früher mit Bewilligung aller Theilhaber verfolgt worden ist, woraus für jeden Einzelnen Verbindlichkeiten entstanden sind, welche durch die spätere Aufgabe des Zwecks nicht erlöschen.

Wenn einer Gesellschaft die Rechte einer moralischen Person ertheilt worden, so folgt daraus

1) für ihre innern Verhältnisse, dass dem einzelnen Theilhaber nicht mehr die Individuen der übrigen Theilhaber als berechtigt und verpflichtet gegenüberstehen, sondern er nur gegen die Gesammtheit Rechte und Pflichten hat, und dass er — abgesehen von dem Befugnisse, seine Actie zu veräussern — seine Rechte auch nicht unmittelbar verfolgen kann, sondern sie immer nur in einem Antheil an denjenigen Rechten bestehen, welche die Gesammtheit geltend zu machen hat. So kann denn z. B. kein Actionär für sich von den Geschäftsführern Rechnungsablegung verlangen, sondern es wird diese Rechnung der Gesammtheit abgelegt, und bei dem Ergebnisse, welches diese genehmigt, muss er sich beruhigen.

Es folgt

2) für die äussern Beziehungen, dass es zur Verfügung über das Eigenthum der Gesellschaft, zu Vergleichen über ihre Rechtsverhältnisse, zu Einziehung ihrer Activen und dergleichen nicht der Mitwirkung der einzelnen Betheiligten bedarf, sondern diess alles durch die Gesammtheit oder nach Befinden der von derselben ein für allemal bestellten Vorstände und Geschäftsführer rechtsgiltig geschehen kann.

Alle diese Rechte müssen den Klägern „Behufs der Abwickelung ihrer Verhältnisse“ als fortbestehend zugeschrieben

werden, dadurch wird aber ihr dermaliges Gesuch gegen Beklagten nicht im mindesten statthafter. Wenn man verlangt, dass dieses bei dermaliger Lage der Sache auf eine specielle Rechnung über sämmtliche Einnahme und Ausgabe bei dem ganzen Eisenbahn-Unternehmen gegründet werde, so versteht man darunter nicht (wie von Kläger und in den Entscheidungsgründen des vorigen Erkenntnisses ohne weitere Begründung vorausgesetzt wird) eine Beklagtem für seine Person erst abzulegende, etwa von ihm zu monirende und erst nach Beurtheilung seiner Erinnerungen zu justificirende Rechnung. Das Directorium der Gesellschaft mag und muss seine Schlussrechnung, oder, wenn zu einer Schlussrechnung im engern Sinne dieses Worts nicht sofort zu gelangen, dennoch aber sofortiger Geldbedarf zum Behufe der Abwickelung liquider Passiv-Verhältnisse vorhanden wäre, eine aus dem Gesichtspuncte des Bedarfs bei der Liquidation gefertigte Abrechnung der Generalversammlung ablegen und die von dieser genehmigten Resultate müssen dann von jedem Einzelnen anerkannt werden. Bevor aber jenes nicht geschehen ist, bevor sich Kläger nicht auf eine solche statutenmässig justificirte Schluss- oder doch Abrechnung beziehen können, woraus hervorgeht, wie viel jeder einzelne Actionair zu Abwickelung der Verhältnisse definitiv, oder doch jedenfalls vorläufig noch beizutragen habe (was aus dem Geschäftsbericht fol. offenbar nicht hervorgeht), so lange können sie auch mit Ansprüchen gegen die Einzelnen auf Nachzahlung nicht gehört werden.

Kaum bedarf es der Erinnerung, dass hieran nichts geändert wird durch den unbedenklich anzuerkennenden Satz, dass die Kläger zu Einziehung der aussenstehenden Forderungen des Vereins fortwährend vollständig legitimirt sind. Denn es ist bereits zur Genüge auseinander gesetzt worden, dass sobald der Verein seinen Zweck aufgegeben hat, die zu diesem Zweck zugesagten Einlagen aufhören, als solche Forderungen des Vereins zu sein. Sie bilden von diesem Moment an nur die Gränze, bis zu welcher jeder Actionair die zu berechnenden Verluste antheilig zu übertragen hat; seine Schuld wird dadurch aus einem certum ein incertum, und bleibt diess so lange, als sie nicht durch statutenmässige Rechnungsablegung wieder festgestellt wird.

Nach allem diesem widerlegen sich dann von selbst auch die übrigen Einwendungen, welche theils von Klägern, theils in den vorigen Entscheidungsgründen vorgebracht worden sind. Wenn Erstere vermeinen, eine Schlussrechnung über den ganzen Vermögenszustand der Compagnie würde ein referens absque relato sein, dafern nicht vorher ausgemittelt worden sei, wie viel durch Ausklagung der säumigen Actionaire von diesen zu verlangen stehe, so kehren sie das Sachverhältniss gerade zu um.

Denn es leuchtet ein, dass vielmehr, bevor nicht die Schlussrechnung oder Abrechnung aus dem Gesichtspuncte der Liquidation abgelegt ist, jede Klage gegen einen einzelnen Actionair ein Hysteron Proteron sein muss, mithin, auch bei Keinem früher dahin zu gelangen ist, dass er pro excusso geachtet werden könne. Der Gang, welchen die dem Directorium obliegende Abwickelung der Verhältnisse zu nehmen hat, ist nothwendig dieser, dass zuvörderst durch die der Generalversammlung abzulegende den Gesichtspunct der Liquidation streng ins Auge fassende Rechnung ausgemittelt werde, wie viel wegen jeder Actie zu den aufgelaufenen Kosten beizutragen sei. Findet sich in dessen Folge, dass dieser schuldige Beitrag von Einigen nicht zu erlangen ist, so wird es Gegenstand weitern Geschäftsberichts sein, über die gegen die Restanten eingewendeten Maassregeln Rechenschaft zu geben, und soweit die Insolvenz derselben sich wirklich herausstellt, die dadurch entstehenden Ausfälle unter die Zahlungsfähigen zur Uebertragung zu vertheilen. Wie weit deren Verbindlichkeit herunter gehe, ist eine jetzt nicht vorliegende Frage.

Wenn ferner von Klägern sowohl als in den vorigen Entscheidungsgründen bemerkt wird, dass es eine Ungerechtigkeit gegen diejenigen Actionaire, welche die erste Einzahlung pünktlich geleistet haben, sein würde, wenn die Säumigen weniger als sie zahlen sollten, so wird dem, insofern hierbei von Zahlungen die Rede ist, die eine wirkliche Vermögens-Verminderung des Zahlenden involviren, Niemand widersprechen, es ist aber auch daran gar nicht zu denken.

Vielmehr leuchtet von selbst ein, dass eben so wie den Restanten dermalen ein Mehres als der verhältnissmässige

Beitrag zu den bisherigen und während der Abwickelung noch entstehenden Kosten nicht angesonnen werden kann, auch die, welche 10 Procent eingezahlt haben, zur Rückforderung dessen, was diese Zahlung mehr als der sie treffende Kostenbeitrag ausmacht, vollkommen befugt sind und deshalb auf den Grund der abzulegenden Schlussrechnung condictionem sine caussa werden anstellen können.

Kläger beziehen sich ferner darauf, dass die Generalversammlung selbst die Einziehung der ersten zu leisten gewesenen Einlage vor der endlichen Auflösung des Vereins zu bewirken beschlossen habe. Es ist nicht nöthig, zu untersuchen, ob aus den beigebrachten Belegen hervorgehe, dass diess wirklich geschehen sei. Denn kaum ist die Bemerkung nothwendig, dass die Generalversammlung über jura singulorum nicht beschliessen und der Gesammtheit Rechte, die ihr nicht ohnehin zugestanden, durch ihre Beschlüsse nicht erwerben konnte.

Sonderbar erscheint es endlich, wenn Kläger sich darauf berufen, dass ihnen von dem kön. preuss. Ministerium die Zusicherung ertheilt worden sei, es solle von ihrer Verzichtleistung auf die Concession zur Anlegung der Eisenbahn nicht eher officieller Gebrauch gemacht werden, als bis die ferneren zur Herstellung derselben Eisenbahn eingeleiteten Verhandlungen es erforderten. Letzteres muss doch wohl der Fall gewesen sein, weil nach fol. von jener Verzicht allerdings officieller Gebrauch gemacht worden ist. Verhielte es sich aber auch nicht so, so können dadurch offenbar die rechtlichen Wirkungen der geschehenen Verzicht nicht aufgehalten werden. Sehr unpassend wird darauf fol. der Satz angewendet, dass Erklärungen eines Gläubigers gegen Dritte ihn gegen den Schuldner nicht binden; die Kläger haben gegen das kön. preuss. Ministerium nicht etwa blos erklärt, den Anspruch gegen den Beklagten nicht verfolgen zu wollen, sondern sie haben den Zustand aufgehoben, welcher sie allein rechtlich befähigte, diess in der angebrachten Maasse zu thun.

Beilage E.

Bei der vorigen Entscheidung ist von der Ansicht ausgegangen worden, dass die Rhein-Weser-Eisenbahn-Actiengesellschaft zu Minden sich, wie actenkundig vorliege, im Zustande des Liquidirens befinde und dass schon aus diesem Grunde nicht weiter auf Einzahlung rückständiger Actienraten gegen einzelne Actionaire geklagt werden könne. Lediglich aus diesem Grunde sind Beklagte von der erhobenen Klage absolvirt worden. Zuvörderst

A)

ist demnach anderweit zu prüfen, ob dasjenige, was hinsichtlich der Aufgabe des Baues der fraglichen Eisenbahn vorliegt, die absolutorische Entscheidung zu rechtfertigen vermöge? Es musste, um bei Erörterung dieser Frage von dem richtigen Standpunkt auszugehen, vorausgesetzt werden, dass die Rhein-Weser-Eisenbahn-Actiengesellschaft als Actienverein wirklich zu Stande gekommen ist, auch die Rechte einer Corporation auf gesetzliche Weise erlangt, so wie dass der Inhalt der fol. zu lesenden Statuten sämmtlichen Actionairs gegenüber bindende Kraft hat. In dieser Beziehung wird später dasjenige, was in Betreff der vorliegenden Rechtssache besondere Erwähnung verdient, weitere Auseinandersetzung finden, wogegen noch folgende allgemeine Bemerkungen vorauszuschicken sind.

Nach §. 2.*) des bestätigten Statuts der Rhein-Weser-Eisenbahn-Actiengesellschaft ist die Stadt Minden, wo sich der Verein am 28. September 1836 constituirte, das gesetzliche Domicil der Gesellschaft und es sind derselben durch ein kön. preuss. Specialrescript vom 21. August 1837 die Rechte einer Corporation verliehen worden. Hiernach bedarf es keiner umständlichen Auseinandersetzung darüber, dass, abgesehen von der lediglich nach sächsischem Processrechte zu beurtheilenden Form des Rechtsstreites, das preuss. Recht als Norm der Entscheidung zu betrachten ist.

*) „Die Stadt Minden ist das gesetzliche Domicil der Gesellschaft, der Centralpunkt ihres Geschäftsbetriebes und der Sitz ihrer Verwaltung."

Chr. Kori, Erörternngen prakt. Rechtsfragen Bd. III. Abth. 1. pag. 2. ff. II. Ausg.

Es sind aber auch, da bei Bestätigung des Statuts ausdrücklich festgesetzt worden ist, dass die Rhein-Weser Eisenbahn-Actiengesellschaft allen Bestimmungen und Bedingungen, welche über die Verhältnisse zum Staate und zum Publicum für die Eisenbahnunternehmungen im Allgemeinen oder für die in Rede stehende Unternehmung insbesondere ergehen werden, eben so nachzukommen verbunden bleibe, als wenn solche der ertheilten Verleihung und Bestätigung beigefügt wären, die in dem kön. preuss. Gesetze vom 3. November 1838 über die Eisenbahnunternehmungen enthaltenen Bestimmungen, so weit diess an sich möglich ist (was hinsichtlich einer dann speciell auszuhebenden Bestimmung dieses Gesetzes keineswegs angenommen werden kann), auf den in Frage befangenen Verein, obschon dieser bereits früher constituirt war, anzuwenden.

Aus dem allgemeinen preussischen Landrechte kommt zunächst die

Th. II. Tit. 6. §. 26. Bd. 2. p. 304. der Ausgabe von 1806.

enthaltene, mit gemeinrechtlichen Bestimmungen übereinstimmende Disposition in Erwägung, dass die Verhältnisse und Rechte der Corporationen hauptsächlich nach den bei ihrer Errichtung geschlossenen Verträgen, oder ergangenen Stiftungsbriefen, nach den vom Staate erhaltenen Privilegien und Concessionen und nach den auch in der Folge unter Genehmigung des Staats abgefassten Schlüssen zu beurtheilen sind. In dem Gesetze vom 3. November 1838 wird dieser Grundsatz hinsichtlich der Eisenbahnunternehmungen §. 3. (Gesetzsamml. für die kön. preuss Staaten v. 1838. p 506) ausdrücklich anerkannt, mit dem Zusatze: dass sich die Verhältnisse der Gesellschaft und ihrer Vertreter nur so lange, als die Bestätigung des Statuts noch nicht erfolgt ist, nach allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über Gesellschafts- und Mandatsverträge zu richten haben.

In dem angezogenen Statut der Rhein-Weser-Eisenbahn-Actiengesellschaft wird § 43. festgesetzt: dass die Auflösung der Gesellschaft nur in einer für diesen Zweck besonders berufenen

Generalversammlung in der durch §. 25.*) für den Fall der Abänderung der Statuten festgesetzten Weise beschlossen werden könne. Der Ausführung des Beschlusses muss ausserdem ein öffentlicher Aufruf an die Gläubiger vorausgehen, auch ist nach dem erwähnten Specialrescripte vom 21. August 1837 zur Gültigkeit des Beschlusses über die Auflösung der Gesellschaft die vorgängige Genehmigung des Finanzministeriums erforderlich. Davon, dass derartige definitive Maassregeln wegen Auflösung des Actienvereines bereits ergriffen worden seien, findet sich nirgends eine Spur in den Acten, auch haben Beklagte dies nicht einmal behauptet. Die Beschlüsse der Generalversammlungen vom 14. Mai 1839, vom 20. Mai 1840, vom 26. August 1841, sowie vom 7. Juni beziehen sich lediglich auf vorbereitende Schritte zur künftigen Auflösung der Gesellschaft. Namentlich ist in dieser Beziehung aus dem fol. zu lesenden Geschäftsberichte vom 1. Juni 1832 die Stelle zu erwähnen, wo von Auflösung der Gesellschaft gehandelt und gesagt wird:

„Bei bewandten Verhältnissen dürfte es nicht rathsam sein, dass die Gesellschaft schon jetzt den Beschluss ihrer Auflösung in Frage stelle, wir glauben vielmehr unmaassgeblich eine Bitte an das Finanzministerium um längere Fortdauer der Corporationsrechte empfehlen zu müssen. Und zwar nehmen wir keinen Anstand zu erklären, dass die völlige und dem Interesse der Actionairs zusagende Abwickelung unter obwaltenden Umständen vor Ablauf von zwei Jahren nicht zugesichert werden kann. Von einer Angelegenheit,

*) „Aenderungen des Statuts können nur auf den Vorschlag des Verwaltungsrathes dann zur Discussion gebracht werden, wenn in der Einladung zur Generalversammlung davon ausdrücklich die Anzeige gemacht worden ist, und wenn in der Generalversammlung selbst drei Viertheile sämmtlicher Actien vertreten sind und die in solchem Falle angenommenen Beschlüsse haben nur dann Gültigkeit, wenn sie die absolute Stimmenmehrheit sämmtlicher Actien für sich haben. Sind aber in solcher Generalversammlung nicht drei Viertheile der Actien vertreten, so wird eine zweite Versammlung auf gleiche Weise zusammenberufen und zwar in einem Aufrufe, der sechs Wochen der Sitzung vorhergeht, und unter der Anzeige, dass alsdann, wie hiermit festgesetzt wird, eine einfache Stimmenmehrheit über die beabsichtigte Abänderung entscheiden werde.“

wo fast Alles erst im Wege Rechtens und zahlloser Processe ins Klare gestellt werden muss, kann Niemand mit Gewissheit sagen, dass sie zu diesem oder jenem Zeitpuncte beendigt sein müsse. Es muss der Direction die erforderliche Zeit gelassen werden, die von allen Seiten sich erhebenden Schwierigkeiten zu erkennen und mit Vorsicht zu beseitigen. Uebereilung würde den gewaltsamen Umsturz der Gesellschaft unausbleiblich zur Folge haben.“

Das Protokoll über die Generalversammlung selbst vom 7. Juni 1842 enthält keinen von diesem Vorschlage abweichenden Beschluss, vielmehr sind die Bestimmungen über Einziehung und beziehentlich Gestundung rückständiger Actienraten getroffen worden, welche das Fortbestehen der Gesellschaft als Basis voraussetzen und es wird dabei namentlich der definitiven Entscheidung der Frage über die Auflösung der Gesellschaft als eines künftigen, mithin noch nicht eingetretenen Ereignisses gedacht.

Die Auflösung der Gesellschaft und namentlich die Thatsache, dass derselben die Rechte einer Corporation nicht mehr zuständen, wäre von Beklagtem mit Bestimmtheit anzuführen und nachzuweisen gewesen, da es sich hierbei offenbar um eine der Klage zu opponirende Einrede handelt. Hiernach kommt nichts darauf an, dass die fol. der Processacten in Abschrift befindliche Verordnung des kön. preuss. Finanzministeriums vom 9. Nov. 1842, wonach der Rhein-Weser-Eisenbahn-Actiengesellschaft zur Abwickelung ihrer Verhältnisse vom 31. December 1842 ab, eine anderweite Frist von 2 Jahren bis zum 31. December 1844 bewilligt und genehmigt worden ist, dass dieselbe bis zu diesem Zeitpuncte mit den Rechten einer Corporation fortbestehe, bei Abfassung des vorigen Erkenntnisses noch nicht vorgelegen hat, zumal sich aus der Bemerkung in den Entscheidungsgründen fol. ergiebt, dass auch in zweiter Instanz das formelle Fortbestehen der Eisenbahngesellschaft als einer Corporation nicht in Zweifel gezogen worden ist. Es liegt sonach hier keineswegs der Fall vor, wo die Entscheidung über Thatsachen oder Beweismittel, die erst in dritter Instanz beigebracht worden sind, auszusetzen wäre. Es findet aber die bereits entwickelte Ansicht, dass die definitive Auflösung des Actienvereins, als einer Cor-

poration noch nicht eingetreten sei, hierin noch weitere Bestätigung; weshalb auch die Frage, welchen Einfluss diese auf die erhobene Klage und namentlich auf die Legitimation der klagenden Directoren äussern würde, dahingestellt bleiben kann.

Dagegen haben die vorigen Entscheidungsgründe die Thatsache für constatirt angesehen, dass der Hauptzweck des Actienvereins, die Erbauung einer Eisenbahn zur Verbindung des Rheins mit der Weser, nach demjenigen, was actenkundig vorliegt, für aufgegeben zu erachten sei, und es würde auch die neuerdings ausgesprochene Hoffnung hiergegen nicht in Betreff kommen, da sie sich lediglich auf ein künftig mögliches Ereigniss bezieht, welches den beigebrachten und eingeräumten Beschlüssen der Generalversammlungen gegenüber keine rechtliche Beachtung verdient. Wäre auch jene Ansicht in factischer Beziehung allenthalben als richtig anzuerkennen, was nach Lage der Sache dahingestellt bleiben kann, so würde doch den darauf gestützten Forderungen keineswegs beizupflichten sein, vielmehr ist zu deren Widerlegung Folgendes zu bemerken:

1)

Wie bereits gezeigt ward, müssen die confirmirten Statuten zunächst zur Norm der Entscheidung dienen, und es können allgemeine Rechtsgrundsätze nur in so fern in Anwendung kommen, als die Statuten keine ausreichend klare Bestimmung enthalten. Die ganz unbedingte Verpflichtung jedes Actionärs, nach erfolgter Bestätigung des Statuts 10 Procent des Betrags der Actie einzuzahlen, geht aber aus §. 11. des letztern ganz klar hervor und der beigefügte Zusatz, dass die Einzahlung des Restes nach und nach erfolge, so wie die Ausführung der Bahn fortschreite, zeigt deutlich, dass diese erste Einzahlung von dem Erfolge des Baues ganz unabhängig sein soll. Nur diese Actienrate nebst der später zu erwähnenden Conventionalstrafe wird gegenwärtig gefordert und deren Verfallzeit ist schon längst eingetreten. Wollte man daher auch davon ausgehen, dass nach erfolgter Aufgabe des Baues, als des Hauptzweckes der Gesellschaft, weitere Einzahlungen auf die Actien nicht gefordert werden könnten, so käme es doch hinsichtlich der

früher gefällig gewesenen Rate, die bereits eingezahlt sein sollte, auf den damals zur Zeit der Bestätigung des Statuts vorhandenen Stand der Sache an, denn in materieller Hinsicht ist nur dieser entscheidend. Wäre inzwischen die völlige Auflösung der Corporation in der Maasse erfolgt, dass sie als solche nicht mehr existirte, mithin auch nicht weiter *personam standi in judicio* hätte, so könnten vielleicht formelle Rücksichten der Klage entgegenstehen. Dieser Fall liegt nach Obigem nicht vor, und es ist daher nur zu prüfen, ob die Thatsachen, von denen das Klagerecht wegen der in Frage befangenen 10 Procent der gezeichneten Actien abhängig erscheint, wirklich eingetreten sind. Hierüber waltet nach dem Anführen in der Klage kein Zweifel ob, auch haben Beklagte gar nicht behauptet, dass zu der Zeit, wo die Statuten bestätigt worden sind, der Zweck der Gesellschaft aufgegeben gewesen sei. Spätere den Zweck der Gesellschaft betreffende Ereignisse können, so lange die Corporation überhaupt besteht, dem Klagerecht wegen längst gefälliger Actienraten nicht entgegenstehen, weil die Verhältnisse des Vereins hierbei nicht *ex nunc*, sondern *ex tunc* zu beurtheilen sind.

2)

Der fol. geäusserten Ansicht, dass die mit einer Erwerbsgesellschaft der Natur der Sache nach verbundenen Eigenthümlichkeiten auch bei der vorliegenden Actiengesellschaft vorhanden sein müssten, kann in dieser Allgemeinheit keineswegs beigepflichtet werden. Denn Actien-Vereine unterscheiden sich von der Societas im Sinne des römischen Rechts in so vielfacher Beziehung (namentlich darin, dass bei der Societas auf die Persönlichkeit der Contrahenten vorzüglich gesehen wird, diese aber bei Actien-Vereinen ganz in den Hintergrund tritt):

Cfr. Ein juristischer Beitrag zur Gesetzgebung über Actien-Vereine, vom Professor Dr. Julius Weiske in Leipzig (in den neuen Jahrbüchern der Geschichte und Politik von Pölitz, fortgesetzt von Bülau, Jahrg. 1842. Heft 3. pag. 244. flg.)

dass gemeinrechtliche Bestimmungen über Societäts-Verhältnisse auf Actien-Vereine wenigstens nur mit grosser Vorsicht

angewendet werden dürfen. Es lässt sich auch nicht behaupten, dass die Confirmation an der innern Natur des Vereins nichts ändere, indem die Existenz eines Actienvereins mit begebbaren, au porteur gestellten Actien nothwendig dadurch bedingt erscheint, dass demselben Rechte einer Corporation ertheilt werden, indem die Mitglieder selbst nie vollständig bekannt sind, mithin der Verein nur durch gesetzliche Vertreter als moralische Person repräsentirt werden kann, und sonach erst durch die von Seiten der Staatsregierung bewirkte Bestätigung in seiner Eigenthümlichkeit als Corporation zur Existenz gelangt. Ist aber ein derartiger Verein unter Garantie des Staates als Corporation einmal ins Leben getreten, so besteht er auch solange fort, als er nicht ebenfalls unter Autorisation der Staatsregierung wieder aufgelöst worden ist. Dieser Grundsatz und der daraus hervorgehende wichtige Unterschied zwischen einer blossen Privatgesellschaft oder einer Corporation wird auch im preuss. Landrechte ausdrücklich anerkannt. Wie nämlich eine Gesellschaft unter gewissen Umständen von selbst ein Ende nehmen soll,

Preuss. Landr. Thl. 1. tit. 17. pag. 277.

so wird dagegen der Corporation halber

Thl. II. tit. 6. §. 189.

festgesetzt:

„Wenn der im Grundvertrage vorgeschriebene Zweck einer Corporation oder Gemeinde nicht ferner erreicht werden kann, oder gänzlich hinwegfällt, so ist der Staat berechtigt sie aufzuheben.“

Mit dem Aufgeben des ursprünglichen Zwecks der Vereinigung tritt daher noch keineswegs die Auflösung der Corporation ipso jure ein, und es kann namentlich dasjenige, was

l. 63. §. ult. D. pro socio (17. 2.)

disponirt, auf Actienvereine, denen die Rechte von Corporationen verliehen sind, nicht angewendet werden.

3)

Es würde aber auch vom praktischen Standpunkte aus betrachtet, zu den grössten Inconvenienzen führen, wenn angenommen werden wollte, dass von dem Augenblicke an, wo

die Ausführung des Zwecks eines Actien-Vereines als unerreichbar erschienen, oder aufgegeben worden wäre, bereits verfallene Beiträge einzelner Actionäre nicht weiter eingefordert werden könnten, sondern nunmehr zuvörderst Rechnung abgelegt werden müsste, und der Anspruch lediglich auf verhältnissmässige Uebertragung des Verlustes zu richten sei. Der einmal ins Leben getretene Actienverein ist nämlich offenbar so lange solvent, als bereits gefällige Beiträge ausreichen, die gegen dritte Personen übernommenen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Wird der Zweck des Vereines aufgegeben, so ändert dies in den rechtlichen Verhältnissen der Vertreter des noch solventen Vereines den Gläubigern des letztern gegenüber nicht das geringste. Bis zu dem Augenblicke der definitiven Auflösung des Vereins müssen daher auch den Vertretern desselben die Mittel gewährt werden, Verpflichtungen des Vereins zu erfüllen. Dass sie künftig über Einnahme und Ausgabe Rechnung abzulegen haben, versteht sich von selbst. Allein diese Berechnung kann dieser Einziehung bereits gefälliger Actienraten nicht voraus gehen, weil es ausserdem an dem erforderlichen Kassenbestande zur Deckung der Ausgaben fehlen würde, auch vor definitiver Auflösung des Actien-Vereins der Umfang der letztern nicht vollständig zu übersehen ist, und eben so wenig im Voraus bestimmt werden kann, welches Resultat sich bei später versuchter Beitreibung der Reste ergeben würde. Wie aber die Vertreter des Vereins in dieser Hinsicht keine Gefahr zu übernehmen haben, so liegt denselben auch wenigstens präsumtiv niemals die Verbindlichkeit ob, aus eignen Mitteln Verläge zu bestreiten. Aus diesem Grunde vertheidigen bewährte Rechtslehrer selbst die Meinung, dass bei eintretender Liquidation des Geschäfts die Actionäre da, wo das Bedürfniss den Betrag der bereits gefälligen Actienraten übersteige, sogar genöthigt werden könnten, noch grössere Einschüsse bis zum Betrag der Actien zur künftigen Berechnung zu leisten

Cfr. Meno Pöhl, das Recht der Actiengesellschaft mit besonderer Rücksicht auf Eisenbahngesellschaften. Hamburg 1842. §. 60. pag. 284. flg.

Auf diese Frage ist jedoch hier nicht tiefer einzugehen

da nur Beiträge eingeklagt werden, welche statutengemäss längst verfallen sind.

Wenn sonach der Grund, weshalb in voriger Instanz absolutorisch erkannt worden ist, nicht für durchschlagend erachtet werden kann, so ist nach

B)

auf die Einwendungen, welche Beklagte fol. eventuell wiederholt haben, zurückzukommen. Anlangend

1)

die Competenz des Gerichts, so ist der Ansicht fol. beizutreten gewesen, indem Beklagte fol. unter andern darauf Bezug nehmen, dass sie von dem Actien-Vereine ausgeschlossen worden seien, mithin ihre gegenwärtige Mitgliedschaft bestreiten. Es kommt aber noch der formelle Grund hinzu, dass der fol. legitimirte Bevollmächtigte der Beklagten sec. fol. in dem anberaumten Termine zu Güte und Recht ohne Protestation sich angegeben und namentlich durch Eingehung eines Compromisses die Competenz des Stadtgerichtes anerkannt hat. Der Satz, worin unter andern exceptio fori incompetentis vorgeschützt ward, ändert hierin nichts, weil er sec. fol. erst später eingereicht worden ist.

2)

Die Directoren der Actiengesellschaft sind im Namen der letzteren klagend aufgetreten, und hierzu nach §. 32. des Statuts berechtigt. Allerdings kommt es aber bei Prüfung der hiernach allein in Frage befangenen Processlegitimation darauf an, ob ihre Eigenschaft als statutengemäss gewählte Directoren gehörig nachgewiesen worden ist. Der Klägerin Sachwalter hat sec. fol. eine neue, zugleich auf Ratihabition des bereits in der Sache verhandelten, gerichtete Vollmacht beigebracht und es genügt daher, wenn die Personen, welche gedachte Vollmacht vollzogen haben, als legal gewählte Directoren legitimirt sind. Dies ist der Fall, weil aus dem Wahlprotokolle vom 7. Juni 1842 hervorgeht, dass sie von den Mitgliedern des Verwaltungsrathes gewählt, diese aber von

dem Oberregierungsrathe N. als königl. Commissarius bei dem Wahlacte in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des Verwaltungsrathes anerkannt worden sind. Denn nach Maassgabe des obenangezogenen k. preuss. Gesetzes vom 3. November 1838 über die Eisenbahnunternehmungen §. 46. steht dem gedachten Commissarius überhaupt die Aufsicht über derartige Unternehmungen zu, und er hat daher auch im Interesse des Staats und des Publikums darauf zu achten, dass bei vorkommenden Wahlen legal verfahren werde. Sein Zeugniss in dieser Beziehung muss sonach für ausreichend erachtet werden, und es würde sich nur noch fragen, ob er selbst legitimirt wäre, wenn nicht Beklagte fol. eingestanden hätten, dass derselbe Commissarius zur Ausübung des Staatsaufsichtsrechts über das Unternehmen sei, als wodurch weitere Nachweisung hierüber entbehrlich gemacht wird.

3)

Der Einwand, dass Beklagte bereits von der Actiengesellschaft ausgeschlossen seien, ist keineswegs stringent vorgebracht worden. Denn es wird fol. in den Gründen erster Instanz mit Recht bemerkt, dass in der Zurückweisung von einzelnen Generalversammlungen noch keineswegs definitive Ausschliessung von dem Vereine selbst enthalten sei.

4)

Die Behauptung, als wäre der Actien-Verein gar nicht eher als bestehend zu betrachten, als bis sämmtliche Actien gezeichnet worden seien, wird durch den Inhalt der confirmirten Statuten genügend widerlegt. Die in dem mehr erwähnten Gesetze vom 3. November 1838. §. 1. enthaltene Bestimmung, dass das Handelsministerium eine Frist festzusetzen habe, binnen welcher der Nachweis zu führen sei, kann wenigstens nicht die Wirkung äussern, dass ein früher bereits als Corporation bestätigter Verein ipso jure wieder für erloschen zu achten sei, wenn nicht alle Actien gezeichnet würden. Obschon daher jenes Gesetz an sich nach Inhalt der Bestätigung des Vereins auf denselben rückwirkend anzuwenden ist, so gehört doch jene Disposition zu denjenigen,

wo der Natur der Sache nach die rückwirkende Kraft unmöglich ist. Denn bei einer bereits confirmirten Corporation kann nicht mehr davon die Rede sein, die Ertheilung der Bestätigung von gewissen Bedingungen abhängig zu machen. Das Oberappellationsgericht hat auch dieselbe Ansicht in ähnlichen Sachen, die früher zu dessen Entscheidung gelangt sind, bereits befolgt und umständlich entwickelt.

Vgl. unter andern das Erkenntniss in Sachen der Directoren der Rhein-Weser-Eisenbahn-Actiengesellschaft C. Heinrich Wilhelm Schmidten, Nr. 174–173. B. v. J. 1840.

VII.

Des geisteskrank gewordenen Ehemannes Niesbrauchrecht am Vermögen der Frau.

§. 1.

Die im Falle der Geisteskrankheit des Mannes eintretende Collision rechtlicher Beziehungen.

Das dem Manne am eheweiblichen Vermögen zustehende Niesbrauchrecht und die sogenannte tutela maritalis, welche bekanntlich in Sachsen fortbesteht auch nachdem die Geschlechtsvormundschaft im Allgemeinen ist abgeschafft worden, bedingen einander gegenseitig. Denn wäre des Weibes Dispositionsfähigkeit nicht auch in Hinsicht auf ihr Vermögen unter den Willen des Mannes gestellt, so hinge es von der Frau ob, den Genuss zu bestimmen, den sie von ihrem Vermögen dem Manne vergönnen wollte, und indem des Weibes Dispositionsfähigkeit null oder doch von dem Manne durchaus abhängig ist, so findet im Allgemeinen und von beschränkenden speciellen Vorschriften abgesehen, der Mann sich in den Stand gesetzt, über des Weibes Vermögen zu disponiren. Es scheinen demnach ususfructus maritalis und tutela maritalis nicht wohl von einander trennbare Verhältnisse zu sein. Diese Untrennbarkeit einerseits und andrerseits der unbesteitbare Satz, dass ein Vermögensrecht — und ein solches ist der ususfructus maritalis — unverändert fortbesteht, auch wenn dessen Inhaber unter Curatel kommt, wohl aber für alles, was die Ausübung eines solchen Rechtes betrifft, der Zustandsvormund eintritt, beides zusammenge-

nommen droht die Lage einer vermögenden Frau, deren Mann geisteskrank und unter Zustandsvormundschaft gestellt wird, zu einer ganz eigenthümlichen zu machen, die nach Befinden der Umstände auch eine sehr peinliche werden kann. Soll in Gestalt der Ausübung des ususfructus maritalis die Disposition über des Eheweibes Vermögen auf den Zustandsvormund übergehen, so überträgt auf diesen sich auch ein grosser Bestandtheil der ehelichen Vormundschaft, wird aber auch zugleich in überaus wichtigen, alle Lebensverhältnisse kreuzenden Beziehungen das Weib von einem fremden Willen abhängig, dem vorauszusetzender Weise die Bedingungen abgehen, unter denen eine Frau es erträglich, ja sogar zusagend und wünschenswerth finden kann, einem männlichen Willen unterworfen zu sein.

Demnach dünkt mich, in Ermangelung gesetzlicher Vorschriften*) bleibt uns in Fällen gedachter Art nur die Alternative:
entweder das eigne Vermögen der Frau derselben zur eignen Verwaltung zurück zu geben,
oder zu Aufrechthaltung des ehemännlichen Niesbrauchrechtes auch die Ausübung der ehelichen Vormundschaft auf den Zustandsvormund übergehen zu lassen.

Diese scheinbar collidirenden Beziehungen sind zuerst oder doch zuerst mit dem Anspruche auf Gründlichkeit von Herrn Dr. Conrad Sickel in der Disputation erörtert worden, welche in der Beilage unter A. sich citirt findet. Der Fall, dessen weiter unten §. 4. umständlicher gedenkt und durch den gegenwärtiger Aufsatz veranlasst ist, bestimmt mich einiges über die von Herrn Dr. Sickel in der angezogenen akademischen Schrift**) aufgestellten Ansichten zu bemerken.

*) Angenommen vor der Hand, in gedachter Beziehung fehlte daran es wirklich ganz und gar, als worauf wir weiter unten zurückkommen werden.

**) Nicht unberücksichtigt ist zu lassen, dass dieselbe im Jahr 1825. und also zu einer Zeit erschienen ist, wo in Sachsen nicht blos die eheliche, sondern überhaupt die Geschlechtsvormundschaft noch bestand.

§. 2.

Die vorstehend angekündigten Bemerkungen.

Dem Ehemanne, sagt Herr Dr. Sickel, kommt zu die sogenannte defensio maritalis und diese kann nicht fortgesetzt werden von dem für seine eigne Person unter cura gestellten Gatten. Dass es allen gesunden Ansichten widerspräche, wollte man diese Defension auf den Zustandsvormund übergehen lassen, davon ist, so wie ich, auch Herr Dr. Sickel überzeugt. Sehr eindringlich schildert er pag. 16.*) das Offendirende einer entgegengesetzten Annahme. Die Folgerung aus obiger Prämisse ist die:

was eine unverheirathete Frauensperson ohne Curator thun kann, das thut die Frau des geisteskranken Ehemannes ebenfalls ohne Curator, und alles dasjenige, was überhaupt von Frauenspersonen nicht kann ohne Geschlechtsvormund gethan werden, mit einem von ihr selbst gewählten Curator, gegen dessen Wahl nicht das mindeste Widerspruchsrecht dem Curator des Ehemannes zusteht. Die hiermit ausgesprochene Meinung, in allem, was Geschlechtscuratelverhältnisse betreffe, stehe die Frau eines unter cura gestellten Gatten einer ledigen Frauensperson gleich, modificirt in neuster Zeit, wo man die Geschlechtsvormundschaft aufgehoben hat, sich dahin:

die Zustandsvormundschaft über den Mann bewirkt, dass die Frau Selbstdisponentin über ihr Vermögen wird.

Obschon man nicht wohl absieht, innerhalb welcher Gränzen sich der Ehefrau Dispositionsfähigkeit äussern möchte, wenn davon ihr Vermögen ausgeschlossen

*) „Curatores ipsis furiosis et prodigis datos loco eorum ad hoc defensionis negotium accedere, et status curam illam quoque pro uxore prodigi sollicitudinem continere, quam ob sexus debilitatem atque imbecillitatem mulieres a viris appetere solent, nemo facile asserere audeat, qui curationem omnem in personalissimis juribus et obligationibus esse reputaverit, imo petentibus et optantibus curatores dari cogitaverit. Nec minus incivile cuiquam videtur, in optati curatoris locum sufficere alium, quem judex competens furiosis ac prodigis vel invitis obtrudere debuit."

bliebe und an einem in die Disposition des Eigenthümers zurückgegebenen Vermögen eben dadurch der Niesbrauch scheint erloschen zu sein, der bis zur Zeit einem andern an jenem Vermögen zustand, findet dennoch Herr Dr. Sickel sich durch obigen Satz noch nicht besimmt, in Fällen der gedachten Art den ususfructus maritalis für erloschen anzusehen. Für die Entscheidung hierüber scheint es ihm präjudiciel zu bestimmen, auf welcher Ansicht des ehelichen Verhältnisses jener ususfructus beruhe. Leitet man ihn aus der defensio maritalis ab, soll diese für eine tutela fructuaria gelten und der Mann Nutzniesser des weiblichen Vermögens sein, damit er sich der Verwaltung desselben nicht umsonst und ohne allen für seine Mühe entschädigenden Gewinn unterziehe, so fällt allerdings mit der defensio maritalis abseiten des geisteskranken Ehemannes auch der ususfructus maritalis weg. Zweifelsohne aber geht diese Folgerung von einer falschen Prämisse*) aus und wohl unbedenklich ist der Behauptung beizustimmen: „usumfructum esse concessum marito non tanquam tutori nxoris sed tanquam capiti familiae et rerum domesticarum rectori.“ Da nun aber ein Geisteskranker nicht kann Familienhaupt sein und also seine Leitung des Hauses hinwegfällt, so scheint diese, unstreitig richtige Ansicht von dem Grunde des ususfructus maritalis anderweit dahin zu führen, es müsse derselbe wegfallen, sobald der Ehemann geisteskrank und unter cura gestellt wird. Jedoch Herr Dr. Sickel, welcher andrer Meinung ist und verlangt, dass dem Manne der ususfructus verbleibe, hebt zur Vertheidigung ein weiteres Moment und zwar den Umstand hervor: dass der Mann caput familiae, rerum domesticarum rector und in dieser Eigenschaft zu Alimentation der Frau verbunden sei. Zunächst auf dieser Verbindlichkeit soll der ususfructus maritalis beruhen und da durch des Mannes Geisteskrankheit jene nicht aufgehoben werde, auch des geisteskranken Mannes Nies-

*) Ueber die objective Wahrheit des Rechtsbegriffes einer tutelae fructuariae s. m. die allegirte Disputation pag. 17 und 18.

brauchrecht fortbestehen*). Dies Raisonement will ich gelten lassen, obschon es in concreten, unzählige Male vorkommenden Fällen, wo der Mann nichts als des Weibes Güter besitzt und also auch nur aus diesen die Alimente verabreichen kann, dasselbe unpassend sein wird; der eigentlich schwierige Punkt, die Frage nämlich, wessen Administration für das dem usufructu maritali unterworfene Vermögen eintreten soll, die bleibt immer unerledigt. Soll die Verwaltung in des Zustandsvormundes Hand gelegt werden, dann kommt die Frau in eben die üble, ja in eine noch üblere Lage, als sie in die nach meiner und auch des Herrn Dr. Sickel sehr beredt von diesem auseinander gesetzten Ansicht dann kommt, wenn der Zustandsvormund die defensionem maritalem übernehmen sollte, die sich seltner fühlbar macht, als die Vermögensadministration. Bleibt letztere der Ehefrau überlassen, so wird der ususfructus nicht nur, wie schon erwähnt, gefährdet, sondern im rechtlichen Sinne des Wortes ganz alterirt; denn mit demselben unvereinbar scheint es mir, den Eigenthümer für Rechnung des Nutzniessers verwalten zu lassen. Auch verkennt dies Herr Dr. Sickel nicht, welcher pag. 19. des Galvanus Behauptung anführt, nach der das römische Recht dem Mann um deswillen die Administration des Dotalvermögens überweist, „quia administratio dominii non potest esse simul in solidum apud plures;“ und dann also fortfährt: „quodsi hoc verum esset, quis est, quin intelligat, ad al-

*) Pag. 18 u. 19. „Puto enim, mutuam illam et ususfructus et alimentorum praestationem non solum invicem sibi optime respondere, verum ipsam adeo illationis ad sustentanda matrimonii onera destinationem, quam leges in dote directis verbis agnoscunt, in paraphernis autem sine dubitatione admittunt, huic de causa ususfructus matrimonialis sententiae patrocinari. Si haec principia amplecteris, nullo modo dubitare poteris de usufructu bonorum illatorum marito furioso et prodigo salvo et incolumi. Quemadmodum enim furiosi et prodigi uxor et liberi ex bonis ejus alimenta recte petunt, nihil tam naturale esse censeo, quam usumfructum etiam ad bona mariti revocari, qui mihi, illatione facta, quasi contractus innominati, ut faciat (alimenta praestet) interventione marito datus esse videtur.“

teram conjugem ipsam dispositionem redire debere, cum ille administrare non valeat, cujus accessione uxor antea erat exclusa? Sed posset contra hanc sententiam objici, administrationem esse cum usufructu arctissime conjunctam, nec posse quemquam recte et plane utifrui, nisi simul in possessionem et administrationem rerum in usumfructum datarum immissus fuerit, quare, cum usumfructum rerum illatarum furioso vel prodigo salvum esse diximus, consequenter etiam administrationem eidem esse relinquendam, aut curatori status demandandam, quemadmodum, si ususfructus furioso vel prodigo per pactum vel per ultimam voluntatem constitutus fuerit, administratio indistincte curatori committitur." Hier erkennt er selbst an, dass man sich in untereinander unvereinbare Sätze verwickelt, wenn man sagt: auch dem geisteskranken Ehemanne verbleibt der ususfructus des eheweiblichen Vermögens, allein die Verwaltung dieses Vermögens geht an die Frau über. Dessenungeachtet aber sagt er es*). Warum sagt er es? Weil in ihren Vermögensverhältnissen die Frau habe von dem Manne abhängig werden wollen, nicht von einem Dritten, dessen Persönlichkeit nicht die mutuam dilectionem verbürge, „quae simul usufructuariae cautionis loco putatur." Wenn wir aber diesen etwas seltsam ausgesprochenen Gedanken festhalten und ihn zur Norm für Beurtheilung des vorliegenden Verhältnisses machen wollen, so müssen wir in demselben den usumfructum maritalem aufgeben, sobald man eben so

*) M. s. pag. 20. „Ego vero praecepta illa, quae de servitute ususfructus valent, in hac de usufructu maritali disciplina non sine moderamine accipienda esse contenderim. Eum enim, quem conjugalis amor omnium rerum usufructuarium constituit, cum temperamento uti frui oportet, cujus quidem adhibendi, ni fallor, mutua mariti in uxorem dilectio magistra erit, quae simul usufructuariae cautionis loco putatur. Quae cum ita sint, nihil puto ab utriusque conjugis consilio ita esse alienum, quam extraneum admitti ad rerum illatarum administrationem. Inde jam jure communi per legem usufructui maritali a natura quasi constitutam, curatoribus status ab administratione rerum illatarum abstinendum, sed eam potius ipsi uxori restituendam esse censeo.

wenig als Herr Dr. Sickel und auch ich es zu widerlegen vermag, dass der ususfructus des Nichteigenthümers unvereinbar ist mit der Verwaltung des Eigenthümers.

§. 3.

Die richtigere, der vorstehend auseinandergesetzten zu substituirende Ansicht.

Zu einem oder dem andern, dünkt mich, muss man sich entschliessen:

entweder

für Rechnung des Mannes den Niesbrauch an der Frau Vermögen und dessen Verwaltung dem Curator status überweisen, oder

die Verwaltung der Frau einräumen und den usumfructum maritalem aufhören lassen.

Man muss dies, weil ein mittlerer Ausweg nicht gegeben ist. Dafür zu stimmen, dass man sich zu Letzterem entschliesse, bestimmt mich die Ueberzeugung, dass das Unglück, welches den Mann betroffen hat, keinen Rechtsgrund involvirt, die Frau deterioris conditionis zu machen und das wird sie, sobald man dem Manne den Niesbrauch lässt und, weil eins das andere nothwendig mit sich bringt, die Verwaltung in des Zustandsvormundes Hände giebt. Nimmermehr lässt sich der Frau um deswillen, weil sie ihr Vermögen und alle an dieses sich knüpfende wichtigste Lebensbeziehungen von dem Ermessen des Mannes hat wollen abhängig machen, zumuthen, sich in eben diesen Beziehungen dem Zustandsvormunde desselben zu unterwerfen. Hierbei länger zu verweilen, dies dünkt mir unnöthig. Denn sobald sich aus röm. Gesetzstellen und zwar aus solchen, welche nach Autorität der Rechtslehrer noch in viridi observantia sind, darthun lässt, dass das Eheweib des geisteskrank gewordenen Ehemannes in die Verwaltung ihres Vermögens eintritt, so ist bei der Unzertrennbarkeit, die zwischen dem ususfructus und der Verwaltung des demselben unterliegenden Vermögens statt findet, auch aus den Gesetzen bewiesen, dass in

dem angegebenen Falle der ehemännliche Niesbrauch erlischt, wobei sich zugleich ergeben wird, dass dies Erlöschen durch die Gesetze auf eine Weise modificirt ist, welche des Ehemannes Vermögensrechten alle billig gebührende Rücksicht schenkt. Indess bevor ich hierauf weiter eingehe, zwei Bemerkungen:

1) Herr Dr. Sickel findet — m. s. pag. 21. — ein bedeutendes Argument dafür, dass in Fällen der bemerkten Art, die Verwaltung ihres Vermögens dem Eheweibe zu überlassen sei, darin, dass die Vormundschaftsordnung, ungeachtet der sorgsamen in Cp. XXIV. §. 2. enthaltenen Angabe aller Obliegenheiten des Zustandsvormundes, dessenungeachtet nicht einmal entfernt andeute, auch auf Verwaltung der Vermögensangelegenheiten des Weibes erstrecke sich sein Beruf. Obschon obenerklärtermaassen einverstanden mit dem Satze, vermag ich doch nicht die Ueberzeugung von der Richtigkeit dieses Argumentes zu theilen.

Das angezogene Gesetz beruft den curator status zur Administration des Vermögens oder (mich genauer und so auszudrücken, wie es die vorliegende Frage erfordert) aller Vermögensrechte des Mannes. Nicht war es veranlasst den Umfang dieser Vermögensrechte zu bestimmen, und also ist nur so viel gewiss, dass, indem das Gesetz alle Vermögensrechte unter des Curator Verwaltung stellt, es darunter keine stellt, die es nicht sind oder zu sein aufhören. So angesehen sind jene Vorschriften ohne Einfluss auf Beurtheilung der Frage, ob auch das ehemännliche Nutzniessungsrecht ein Vermögensrecht des geisteskranken Mannes sei und bleibe.

2) Da ich so entscheidendes Gewicht auf die Unzertrennbarkeit der Verwaltung und des ususfructus gelegt habe, so wäre ich in dieser Beziehung widerlegt, wenn jene Unzertrennbarkeit nicht bestünde, gesetzlich nicht bestünde, was der Verfasser der citirten Disputation in den unten abgedruckten pag. 21.*) zu lesenden Worten behauptet. Desfalls bemerke ich Folgendes:

*) „Huc accedit, quod jus Saxonicum necessariam illam usus

Wenn „ususfructus cum administratione conjuntio“ eine necessaria ist, so folgt daraus, dass auch unser jus Saxonicum diese conjunctionem necessariam anerkennen muss, die Lehrer des sächsischen Rechtes mögen wollen oder nicht, dass seines Namens unbeschadet, doch der Sache nach der ususfructus in den angegebenen Fällen — m. s. Vormundschaftsordnung cap. XXII. §. 5. und cap. XXIII. §. 2. — sich in eine steigende und fallende Rente verwandelt, die kein wirklicher ususfructus, ein solcher um deswillen nicht ist, weil sie des usufructuars eignes Recht zur Perception aufhebt. Hiervon aber abgesehen, frage ich, wo gerathen wir hin, wenn wir die Frau des unter Geschlechtsvormundschaft gestellten Mannes zur Verwalterin ihres Vermögens erklären, zugleich aber zu Aufrechthaltung des eheweiblichen ususfructus ihr die Pflicht auflegen, die bezogenen Nutzungen an den Zustandsvormund abzuliefern? Dahin, wohin wir nicht gerathen dürfen, dass die Frau hinsichtlich der Bestimmung dessen, wieviel von jenen Revenüen für sie, die Familie, den Hausstand überhaupt soll aufgewendet werden, von einem fremden Ermessen, dem des Zustandsvormundes abhängig wird. Wollten wir dahin gerathen, so dürfte es wenigstens rathsam sein, die Frau mit der unter solchen Umständen ganz unerspriesslichen Mühe des selbsteigenen Administrirens zu verschonen.

Ich wende mich zu der oben aufgestellten Behauptung zurück, dass das römische Recht in l. 29. und 30. C. de jure dotium (IV. 12.) und Nov. 97. cap. 6. die Streitfrage entschiedener und befriedigender löst, als, obschon unter Bezugnahme auf die citirten Gesetze, dieselbe sich in der mehrerwähnten akademischen Schrift gelöst findet*).

fructus cum administratione conjunctionem non agnoscit, sed liberis in patria potestate constitutis, ubi de bonorum suorum administratione periclitari coeperint, specialem tutorem dari jubet, et minoris uxoris tutori, bonorum administrationem conservat, salvo mariti usufructu, qui ei a tutore restituendus est.“

*) Pag. 20..... „jam jure communi per legem usufructui mari-

In l. 29. cit. erkennt Justinian der Ehefrau des verarmten und darum fernerhin ihren Vermögensrechten keine Sicherheit gewährenden Mannes die Befugniss zu, sich vor einem jeden, nicht mit besserm Rechte versehenen Gläubiger desselben in Besitz des für die dos, donatio propter nuptias, so wie ihre res extra dotem constitutas hypothekarisch haftenden ehemännlichen Vermögens zu setzen und darin gegen die Gläubiger zu behaupten. Nicht nur hieran soll sie keinesweges behindert durch die noch bestehende Ehe, sondern auch berechtigt sein vor allen ihr nicht vorhergehenden Gläubigern dies Vermögen ebenso zu vindiciren, als wenn die Ehe auf eine ihre Vermögensrechte ungestört lassende Weise wäre aufgelöst worden. Unbefugt dagegen soll die Frau sein vor wirklicher Auflösung der Ehe etwas von ihren Gütern zu veräussern und gehalten ut fructibus ad sustentationem tam sui quam mariti filiorumque si quos habet, abutatur.

In Fällen der bemerkten Art solchermaassen auf ihre Sicherheit bedacht zu sein, macht l. 30. cit. sogar den Eheweibern zur Pflicht. Denn nachdem hier erst im Allgemeinen von der repetitio dotis ist gesprochen worden, fährt das Gesetz also fort: „omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem, sive per viginti annorum curricula, sive per triginta vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocunque tempore opponatur, ex quo possint actiones movere, id est opulentis quidem maritis constitutis, post dissolutum matrimonium, minus autem idoneis, ex quo hoc in-

tali a natura quasi constitutam, curatoribus status ab administratione rerum illatarum abstinendum, sed eam potius ipsi uxori restituendam esse censeo: quam quidem sententiam ipsis legibus satis confirmatam esse intelligo. Cum enim imperator Romanus, qui, ut supra demonstravimus, pinguiora mariti in dote uxoris jure agnovit, constante matrimonio uxori rerum suarum gubernationem concessisset, ubi maritus male gubernare coepisset, eandem profecto accipiendae et administrandae dotis licentiam et iis mulieribus legislator aperuisse putandus est, quae nullam esse virorum suorum administrandi facultatem ostenderint."

fortunium eis illatum esse claruerit, quum constante etiam matrimonio posse mulieres contra maritorum parum idoneorum bona hypothecas suas exercere, jam nostra lege humanitatis intuitu definitum sit, ficti divortii falsa dissimulatione in hujusmodi causa, quam nostra lex amplexa est, stirpitus eruenda. Nov. XLVII. cap. 6. enthält nichts in der vorliegenden Beziehung Neues, sondern bezieht sich nur auf jene ältere Vorschrift als eine solche, durch welche im Falle schlechter Vermögensverwaltung des Mannes, die Frau berufen sei, selbst zu administriren und zwar secundum decentem modum, wodurch das etwas befremdende abutatur in l. 29. cit. noch deutlicher, als es ohnehin der Fall ist, die Bedeutung von uti (verwenden) annimmt. Ist nun unsere Stellung zum römischen Recht eine solche, dass wir nicht sowohl dessen einzelne, diesen oder jenen concreten Fall normirende Bestimmungen als vielmehr die besonderen Maximen, worauf jene beruhen, für das in den Quellen enthaltene objective Recht anzusehen haben, ist es ferner gewiss, dass die in des Zustandsvormundes Hand gegebene Verwaltung des weiblichen Vermögens, wenn schon dadurch das Vermögen selbst nicht gefährdet wird, dennoch für die Frau, wenn gleich in andrer Form, eben so verletzend ist, als wenn sie ihr Vermögen dem schlechtverwaltenden und verarmten Manne zur Verfügung überlassen müsste, so scheint es, wir gestehen dem römischen Rechte nur den ihm eben gebührenden Einfluss zu, wenn wir erstlich, im Falle der Ehemann wird geisteskrank und unter cura gestellt, das Verwaltungsrecht als an die Frau übergegangen ansehen, stellen aber auch hierbei das Vermögensrecht des Ehemannes vollkommen sicher, wenn wir zweitens der Frau jede Veräusserung untersagen und ihr die Verpflichtung auflegen, vollständig die Revenüen für sich, den Ehemann und die Kinder zu verwenden, insofern nicht diese Verwendung den decentem modum übersteigen würde. Solchenfalles kann die Frau nie in die Lage kommen, mit dem Geschlechtsvormunde über das Maass dessen zu rechten, was sie von den Revenüen

ihres Vermögens erhalten solle. Nie wird sich der Zustandsvormund über zu grosse Ausgaben der Frau, sondern nur über zu kärgliche oder doch in ihrer Vertheilung den decentem modum verletzende beschweren können.

§. 4.

Die neueste Praxis in Betreff der vorliegenden Rechtsfrage.

Unter Verpfändung des ihr gehörigen Hauses hatte eine verheirathete Frauensperson, während der Geisteskrankheit ihres Ehemannes und als derselbe sich unter cura status befand, aus dem Vermögen eines andern Geisteskranken ein Capital von des letzteren Zustandsvormunde erborgt. Dieser klagte auf Rückzahlung des Darlehns zu einer Zeit, wo die cura status des Ehemannes aufgehoben und derselbe wieder dispositionsfähig geworden war. Ausdrücklich erwähnt fand sich in der Klage: mit Einwilligung des Zustandsvormundes ihres Mannes habe Beklagte die Schuld contrahirt. Letztere stellte der Klage exceptivisch den liquiden Umstand entgegen, ihrem Ehemanne und zugleich auch dem Geisteskranken, aus dessen Vermögen sie erborgt, sei ein und dasselbe Individuum zum curator status bestellt gewesen; unverbindend sei also für sie das Geschäft, weil nicht eine und dieselbe Person durch Darleihn Recht erwerben und durch Einwilligung in die Erborgung Verbindlichkeiten begründen könne. Auch erklärte nach angestellter Klage der Ehemann die ausdrückliche Verweigerung, das von seiner Frau vollzogene Darlehnsgeschäft zu ratihabiren. Bei dieser Sachlage war allerdings die Klage in erster und zweiter Instanz beschehener Maassen abzuweisen. Obschon durch die Geisteskrankheit des Ehemannes befugt ihr Vermögen selbsteigen zu verwalten, war doch die Frau nicht auch eben dadurch befugt etwas davon zu veräussern, oder zu verpfänden, welches letztere nur eine besondere Form von Veräusserung ist. Da ihr dies im römischen Rechte verboten, und zwar im Vermögensinteresse des Mannes

verboten war, so konnte sie gültigerweise die Hypothek nur mit der Einwilligung des die Vermögensrechte des Mannes wahrzunehmen bestellten Curators einräumen. Diese Einwilligung war aber nicht zu Recht beständiger Maassen erfolgt, indem der Zustandsvormund sich in duplici persona und in ganz conträren Tendenzen bei dem nämlichen Geschäfte betheiligt hatte, einerseits als Rechte erwerbendes, andrerseits zu Uebernahme der entsprechenden Verbindlichkeiten mitwirkendes Subject. Unter solchen Umständen war eine statthafte Klage nur unter der Voraussetzung denkbar, dass auf Seiten des Darleihers an- und ausgeführt werden konnte, dem Vermögen des Weibes zum Nutzen und also auch im Interesse des Mannes, der aus diesem Vermögen sich, die Frau und den Hausstand erhalten darf, sei das Geschäft vollzogen worden.

Eben so würde es aber auch zu halten gewesen sein, wenn die Beklagte zwar ein Darlehn, aber ohne hypothekarische Versicherung desselben aufgenommen hätte. Die Frau des geisteskranken Ehemannes war befugt die Administration ihres Vermögens selbst zu übernehmen, weil das ehemännliche Niesbrauchsrecht cessirte. Allein sie war nicht dazu gezwungen, und hatte, indem sie unter Einwilligung des Zustandsvormundes ihres Mannes borgte und Hypothek gab, erklärt, dass bei der Krankheit des Mannes dessen Nutzniessungs- und Verwaltungsrecht auf den curator status solle übertragen sein. Dies zu genehmigen war derselbe gehalten, weil es offenbar im Interesse des Mannes lag und er hatte es genehmigt, indem er seine Einwilligung zur Erborgung gab, konnte aber nicht die Erborgung durch jene Einwilligung gültig machen, dies um deswillen nicht, weil er zugleich des Darleihers Person vertreten hatte.

Wie schon gedacht, erfolgte die Abweisung der Klage. Jedoch nicht die vorstehend entwickelten Ansichten führten zu diesem Resultate, sondern andere nur in Verbindung mit dem entschiedenen speciellen Falle vollkommen verständliche Entscheidungsgründe. In den Beilagen theile ich sie mit, weil in ihnen sich die Ansicht

des Appellationsgerichts zu Dresden (Beilage A.) und die des Oberappellationsgerichts (Beilage B.) über die in den vorhergehenden §§. erörterte Rechtsfrage darlegt.

§. 5.

Bemerkungen zu gedachten Beilagen.

Das Appellationsgericht zu Dresden hat die Ansicht genommen, aus den Principien und Tendenzen des die Geschlechtsvormundschaft betreffenden Gesetzes vom 10. November 1828. sei zu folgern, die Meinung des Gesetzgebers gehe dahin, die eheliche Vormundschaft des geisteskrank gewordenen Mannes dauere in der Maasse fort, dass die Handhabung derselben auf den Zustandsvormund übergehe.

Man sieht ohne weiteres, wie auch dieser Satz zu Verwerfung der Klage führen musste, da bei dem Geschäfte die gegenseitigen Zustandsvormundschaften in einem und demselben Individnum waren repräsentirt worden. Das Oberappellationsgericht sprach sich dahin aus: Aus dem angezogenen Mandate lasse sich keine Norm der Entscheidung abnehmen. Da aber weder in demselben noch in dem Gesetze vom 8. Januar 1838. etwas an den Rechten der ehelichen Vormundschaft geändert sei und die usufructuarische Administration des eheweiblichen Vermögens ein Vermögensrecht des Curanden sei, so gehe allerdings dessen Ausübung, gleich des Curanden übrigen Vermögensrechten auf den Zustandsvormund über.

Hieraus ist gefolgert:

Geschäfte, die das Eheweib ohne Einwilligung des curator status eingegangen, können, wenn daraus geklagt wird, interveniendo von demselben im Interesse des Ehemannes umgestossen werden und dazu reicht die blosse Verweigerung der Ratihabition hin; keinesweges braucht dieselbe durch die An- und Ausführung motivirt zu werden, das Geschäft benachtheilige des Ehemannes Interesse, sondern

dem Kläger liegt ob, die Adversative zu beweisen, der Nutzen des Ehemannes sei durch das Geschäft gefördert worden.

Die Anwendung auf den vorliegenden Fall ergiebt sich von selbst. Darf der curator status die Ratihabition verweigern, so darf dies jedenfalls auch der wieder dispositionsfähig gewordene Ehemann, dem in dem jetzt erörterten Falle nicht der auf ungültige Weise erklärte Consens des curator status entgegenstand.

Eine anderweite besondere Ansicht, die bei Beurtheilung des besprochenen Falles sich in der Beilage unter C. ersichtlicher Maassen ausgesprochen hat, mitzutheilen, halte ich mich um so mehr dankbarerweise verpflichtet, als die Erlaubniss zur Mittheilung, hätte ich sie nicht schon früher erhalten gehabt, jetzt mir nicht mehr erreichbar wäre.

Beilage A.

Zu richtiger Beurtheilung des von der Beklagten erhobenen Einwandes wider die Rechtsverbindlichkeit der Verhandlung, auf welcher die gegentheilige Forderung beruht, würde zunächst die Prüfung der Vorfrage nöthig werden, ob eine verehlichte Frauensperson, deren unter cura status stehender Gatte an der Ausübung der ehelichen Vormundschaft gehindert ist, in ihren Vermögensangelegenheiten selbstständig zu handeln berechtigt sei oder ob und inwieweit hierunter eine Beschränkung statt finde. Bei dem Mangel ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen, hat diesfalls früher Verschiedenheit der Ansichten vorgewaltet; indem man eines Theils den Uebergang des Rechtes, dergleichen Dispositionen, welche die Ehefrau über ihr Vermögen zu treffen beabsichtigt, von der ehemännlichen Genehmigung abhängig zu machen, von dem Ehemann auf den ihm bestellten Zustandsvormund als Vertreter seiner Vermögensrechte aus dem Grunde behauptet hat, weil dieses Befugniss in Hinsicht auf den ehemännlichen Niesbrauch und das Recht der Verwaltung einen Bestandtheil der Vermögensrechte des Ehemannes, wel-

che sonach der Leitung und Aufsicht des Zustandsvormundes nun unterliegen, auf Dauer der Ehe ausmacht: wogegen andern Theils die Meinung aufgestellt worden ist, es sei in solchem Falle die Ehefrau als eine ledige Weibsperson anzusehen, weil die eheliche Vormundschaft überhaupt ein persönliches, auf Andre nicht zu übertragendes Recht sei, demnach, sobald der Berechtigte solche selbst auszuüben ausser Stande, cessire, eine mündige Frauensperson aber das Recht habe, sich selbst einen Geschlechtsvormund zu wählen und sonach in solcher Eigenschaft zur Annahme des ihrem Ehemanne bestätigten Curatoris status nicht genöthigt werden könne.

Cfr. Einert (resp. Sickel) diss. de conditione juridica uxoris cujus maritus curae status subest, rite aestumanda. Lips. 1825.

Es erscheinen indessen diese Zweifel durch das inmittelst publicirte Mandat die Geschlechtsvormundschaft betr. vom 10. November 1828. Ges. S. d. J. S. 244. vollkommen beseitigt. Obwohl auch dieses Gesetz über den Fall obiger streitigen Frage keine specielle Bestimmung enthält, so lässt sich doch aus den zu Grund gelegten Principien und der Tendenz desselben schliessen, dass der Gesetzgeber der ersteren Meinung über das Fortbestehen der ehelichen Vormundschaft und deren Handhabung durch den Zustandsvormund, soweit solche mit den eignen Vermögensrechten des Curanden in Verbindung steht, beigetreten sei.

Dies leuchtet ein, wenn man erwägt, dass in Gemässheit nurgedachten Gesetzes verheirathete Frauenspersonen rücksichtlich ihrer Vermögensangelegenheiten durchgängig an den Beitritt ihrer ehelichen Vormünder gebunden sind, dass ihnen sogar ohne deren Einwilligung, so fern der Weigerungsgrund erheblich, kein besonderer Geschlechtsvormund bestätigt werden darf, — §. 34. — eine dergleichen Bestätigung aber ausschliesslich nur in den §. 28. unter 1. 2. 3. und 4. aufgeführten Fällen, welche indessen lediglich Rechtsgeschäfte mit dem Ehemanne oder wider ihn, Handlungen zu dessen Gunsten und sich entgegenstehende Interessen beider betreffen und wobei sich der Fall einer suspendirten ehelichen

Vormundschaft nicht mit erwähnt findet, ausnahmsweise zugelassen wird. Dagegen wird andern Frauenspersonen — §. 2. — gestattet, gerichtliche und aussergerichtliche Geschäfte ohne Assistenz eines Geschlechtsvormundes zu unternehmen, jedoch mit Ausnahme der §. 3. erwähnten Fälle, namentlich unter 3. bei unwiderruflichen Erklärungen über die Gesamtheit oder eine Quote des eignen Vermögens und unter 4. bei Veräusserungen unbeweglicher Güter, worünter auch die Verpfändung ausdrücklich mit begriffen wird. Bedarf aber hierzu eine ledige Weibsperson eines Geschlechtscurators, so würde es einen unauflösbaren Widerspruch und eine auffallende Abnormität involviren, wenn man annehmen wollte, es habe in des Gesetzgebers Absicht gelegen, einer Verheiratheten, welche sich im Falle der streitigen Frage befindet, durch Gestattung völlig selbstständigen Handelns — und eine solche würde alsdann aus dem Nichterwähnen dieses Falles §. 28. geschlossen werden müssen — ein Vorrecht vor den Unverheiratheten einzuräumen. Vielmehr bleibt, zur Beseitigung jenes auf keine andre Weise zu hebenden Widerspruches, allein nur die Voraussetzung übrig, dass hierbei die Ausübung der Rechte ehelicher Vormundschaft, soweit sie das eigne Vermögensinteresse des Ehemannes berühren, als auf den Zustandsvormund während der Cura übergegangen betrachtet worden ist.

Auch wird diesfalls durch die neueste Gesetzgebung Gesetz die Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft betr. vom 8. Januar 1838. G. und V. Blt. d. J. S. 23.

eine Aenderung nicht herbeigeführt, indem hiernach die eheliche Vormundschaft als von der Aufhebung ausgenommen fortbestehen soll.

Bedurfte nun aber rücksichtlich des hier fraglichen Geschäfts, welches zugleich die Verpfändung ihres Hauses zum Gegenstande hat, Beklagte — die Frage über ermangelnde Rechtsbeständigkeit einer derartigen Erklärung aus andern Gründen bei Seite gesetzt — doch jedenfalls des Vollwortes ihres ehelichen Curators, und ist das Recht der Ertheilung auf den Zustandsvormund desselben übergegangen, letzterer aber zugleich Curator status des Gegners, mithin Vertreter

seiner Rechte, so beruht bei diesem unverkennbaren Collisionsfalle die Unverbindlichkeit der ganzen, dem Suchen Klägers zu Grund liegenden Verhandlung in Beziehung auf Beklagte in Gewissheit.

Ang. Mandat v. 10. November 1828. §. 17. verb. m. §. 12.

Demnach war das Erkenntniss auf Abweisung des Suchens zu richten.

Beilage B.

Wenn in den Entscheidungsgründen des vorigen Urthels angenommen worden ist, als ob durch das Mandat vom 10. November 1828. die Frage entschieden sei, ob eine verehlichte Frauensperson, deren unter Cura status stehender Gatte an der Ausübung der ehelichen Vormundschaft gehindert ist, in ihren Vermögensangelegenheiten selbstständig handeln könne, oder ob und in wie weit hierunter eine Beschränkung statt finde? so hat man dieser Behauptung nicht beizutreten vermocht. Jene Frage ist vielmehr in dem angezogenen Gesetze unberührt geblieben, hat auch nicht berührt werden sollen, wie aus §. 25. hervorgeht, worin disponirt ist, es sei nach dem bestehenden Rechte zu beurtheilen, wie weit die Einwilligung des einem Ehemanne bestellten Vormundes zu Handlungen der Ehefrau, wovon jedoch die Bestätigung eines Geschlechtsvormundes ausgenommen ward, nöthig sei. Um so bedenklicher ist es, zumal wo es sich von der Form rechtlicher Geschäfte handelt, die Bestimmung einer solchen auf eine Analogie zu bauen, welche aus gesetzlichen Dispositionen über verwandte Fälle gezogen wird. Allein da weder durch das angezogene Mandat, noch durch das Gesetz v. 8. Januar 1838. an den Rechten der ehelichen Vormundschaft etwas geändert ist, nach dem Letzteren die Bestätigung eines Geschlechtsvormundes nicht mehr vorkommen kann, und der curator status die Vermögensrechte seines Curandi, worunter auch die Administration und der Niesbrauch an den

Gütern der Ehefrau während der Ehe gehört, wahrzunehmen hat, so ist dem in den vorigen Entscheidungsgründen aufgestellten Satze beizupflichten, dass auch rücksichtlich der Handlungen der Ehefrau die Ausübung der Rechte ehelicher Vormundschaft, soweit sie das eigne Interesse des Ehemannes berühren, als auf den Zustandsvormund während der cura übergegangen zu betrachten sei. Hieraus folgt soviel, dass wenn aus einem ohne Zustimmung des curatoris status von der Ehefrau eingegangenen Geschäfte wider letztere geklagt wird, derselbe im Interesse seines Curandus interveniren und das Geschäft umstossen kann. Was diesem freisteht, muss noch vielmehr dem Ehemanne selbst, wenn er nach Wiederaufhebung der cura status wieder selbst über das Seinige disponiren kann, freistehen und dieser Fall ist, wie nachher bemerkt werden wird, hier vorhanden. Ob nun wohl N. N. als curator status des Ehemannes der Beklagten in das hier in Frage befangene Geschäft eingewilligt hat, so ist doch dies ungültiger Weise geschehen, weil er dabei zugleich als curator status des Gläubigers sich gerirt hat, wie schon in den vorigen Entscheidungsgründen mit Recht erinnert worden ist.

Es hat aber der Beklagten Ehemann unterm 15. Juli 1842. die Ratihabition des gedachten Geschäftes ausdrücklich verweigert, nachdem bereits am 17. Juni 1841. die cura status aufgehoben, er selbst also dispositionsfähig wiederum geworden ist. Diese Weigerung genügt nicht nur, um das Geschäft für unverbindlich zu erachten, ohne dass der Ehemann nöthig hätte, besonders nachzuweisen, dass ihm dasselbe nachtheilig sei, sondern dadurch wird auch Kläger in die Nothwendigkeit versetzt, anzuführen und nachzuweisen, dass das Geschäft zu des Ehemannes Nutzen gereicht habe.

Beilage C.

Es fragt sich ob Beklagte allein das Darlehns- und Verpfändungsgeschäft eingehen konnte? Da nach dem Gesetze vom 8. Januar 1838. alle Bestätigung eines Geschlechts-

vormundes ausgeschlossen ist, so kann sich jene Frage nur darauf beziehen, ob die Concurrenz des Curatoris status des Ehemannes zur Beständigkeit des Geschäftes nöthig sei.

Nach §. 3. Cap. 24. der Vorm. Ordn. wird dem Ehemanne der Curator status zu Verwaltung seines Vermögens bestellt, als wohin auch das Vermögen der Ehefrau während der Ehe zu rechnen ist. Daraus scheint nur so viel zu folgen, dass zwar die Zuziehung des Curator status zur Verpflichtung der Frau, die in keinem Gesetze ausdrücklich geboten ist, nicht nothwendig sei, dem tetzteren aber dann, wenn das Geschäft seinem Curando Nachtheil bringt, zu interveniren frei stehe. So lange dies nicht geschieht, erscheint die Einrede der Frau, das Geschäft sei wegen ermangelnder Einwilligung des Curatoris status ungültig, als exceptio de jure tertii, da es, wie gedacht, an einem Gesetze fehlt, welches diese Einwilligung zur Form des Geschäftes erheischt. Wenn aber nach gemeinem Rechte sowohl als nach der Processordnung Tit. 15. jeder Intervenient sein prätendirtes Interesse bescheinigen muss, so liegt es dem Curator status ob, das Nachtheilige des Geschäftes für seinen Curanden darzulegen, bevor er mit seinem Widerspruche zugelassen werden kann, keinesweges aber möchte dem Mitcontrahenten zuzumuthen sein, bei Verfolgung seines Anspruches gegen die Frau nachzuweisen, dass das Geschäft zu ihres Ehemannes Vortheile gereicht habe. Die blosse Aufnahme eines Darlehns, dergleichen hier in Frage liegt, berechtigt noch nicht zu dem Schlusse, sie sei dem Curando nachtheilig, weil die entlehnte Summe in das Vermögen der Frau übergeht und wenn sie solche zurückzahlen muss, nur dieser Zuwachs herausgegeben wird, ohne dass sie ärmer wird, als sie es vor Aufnahme des Darlehns war. Was von der Gültigkeit des Geschäftes an sich, dem jure interveniendi des Curatoris status und der dem letzteren obliegendeu Bescheinigung seines Interesse bisher gesagt worden ist, das ist auch auf den Ehemann, wenn er nach dem Abschlusse des Geschäftes wieder dispositionsfähig wird, anzuwenden und auf keinen Fall kann ihm freistehen aus blosser Laune oder in der Absicht, den Mitcontrahenten um das seinige zu bringen, das Geschäft

anzufechten. Aus diesen Gründen und da zur Zeit ein Nachtheil, der Beklagten Ehemanne aus dem Darlehnsgeschäft erwachsen wäre, nicht beigebracht worden, ist man der Meinung, dass der erste condemnatorische Bescheid wiederherzustellen und der Beklagten Ehemanne nur nachzulassen gewesen wäre, in einem besondern Processe auszuführen, dass und in wie weit ihm der von der Beklagten ohne Zuziehung seines Curators eingegangene Darlehnscontract zum Schaden gereicht habe.

VIII.

Ein Fall, wo auf die Berechtigung geklagt war, Theil an einer Societät zu nehmen, der Titel pro socio aber hülf- und rathlos lies.

§. 1.

Einleitende Bemerkungen.

Nicht die Theilnahme an einer Société en nom collectif, en actions oder en commandite, sondern an einer dem sogenannten geselligen Vergnügen bestimmten Gesellschaft wurde auf dem Wege des Processes verlangt, die Klage aber in allen drei Instanzen abgewiesen. Dass der abgewiesene Kläger nicht in der Lage war, sein Schicksal als Folge richtig oder falsch gegen ihn angewendeter röm. Gesetzstellen zu erleiden, das liegt auf der Hand; denn was das röm. Recht societas nennt, das läuft allemal auf eine vertragsmässig eintretende communio von Vermögensrechten, d. h. an Sachen oder gegen Personen gemeinsam erworbenem oder zu erwerbendem Rechte hinaus; Clubs, Ressourcen und dergleichen in unsern Tagen feierlich genug behandelte Verhältnisse zu kennen war der Civilisation des Alterthums versagt.

Der Kläger hatte sich zur Aufnahme in eine solche geschlossene Gesellschaft gemeldet. Nachdem der Wahlact für die Aufnahme entschieden hatte und diese bekannt war gemacht worden, beides unter Beobachtung der in den Gesellschaftsstatuten hinsichtlich des Eintrittes neuer Mitglieder vorgeschriebenen Formen, hatte die Gesellschaft ihren Sinn geändert und eine anderweit in

Betreff der bereits vorgenommenen Wahl zusammenberufene Versammlung dieselbe für null und nichtig, den Aufgenommenen für nicht aufgenommen erklärt, ohne gegen ihn die Nullitätserklärung der Aufnahme auch nur mit einer Sylbe zu rechtfertigen. Ausser Stande die Gesellschaft zu verklagen, die, als ein nicht vom Staate bestätigter Verein unbelangbar war, klagte der Betheiligte gegen einzelne Mitglieder und forderte in jeder der gegen die einzelnen Mitglieder angestellten Klagen, man solle dem Gegner auferlegen, ihn, den Kläger, nicht in dem Rechte der Mitgliedschaft zu stören, ihn als gewähltes und angenommenes Mitglied der Gesellschaft anzuerkennen. Es könnte scheinen, nicht der Mühe verlohne es sich, die in allen Instanzen gleichmässig, obschon in jeder aus eigenthümlichen Gründen, ausgesprochene Abweisung der Klage zum Gegenstande wissenschaftlicher Erörterungen zu machen. Denn die Entscheidung ist von der Art, dass der Jurist wie der Nichtjurist überaus geneigt sein wird, jedenfalls die Entscheidung sehr zusagend und eben deshalb sich nicht sonderlich dafür interessirt zu finden, das Maass des Scharfsinns kennen zu lernen, womit man hier oder dort den Weg zu jener Entscheidung eingeschlagen hat. Niemandem kann es entgehen, dass der Mitglieder einer solchen Gesellschaft gegenseitiges Anerkenntniss ihrer Mitgliedschaft zumeist in einem rein negativen Benehmen, dem Nichthinausweisen aus der Gesellschaft besteht, dass wenn auch alle Mitglieder einem Kläger gegenüber hierzu verurtheilt würden, sie doch nimmermehr mit Erfolg in das positive Benehmen könnten verurtheilt werden, den in die Gesellschaft eintretenden Kläger nicht gleich einem unsichtbaren Besucher zu ignoriren und dass man also gegen den Willen einer solchen Gesellschaft factisch eben so wenig Mitglied derselben bleiben als werden kann, da jenes negative Benehmen für sich allein keinen angenehmen, sondern nur peinliche Momente gewähren würde. Jurist und Nichtjurist finden es also höchst unangemessen, die Verweigerung des mesquinen Glückes, Mitglied einer zeitvertreibenden Gesellschaft zu sein, zu Veranlassung schwer

ernsthafter processualischer Schritte zu machen, und sind beide geneigt von der Ueberzeugung auszugehen, dass die Alternative, entweder habe die Gesellschaft ausreichenden Grund gehabt, Klägers Aufnahme zu bereuen, oder die Aufnahme sei aus böswilliger Gesinnung cassirt worden, dem Kläger keinen andern als den Entschluss übrig liess, sich hierein ohne Widerspruch zu fügen; denn ersterenfalls konnte es ihm keinen Gewinn bringen, den Vorfall des breiteren auszutreten, und letzterenfalls war ihm die Reue erspart, Mitglied eines Vereins geworden zu sein, in dem er nimmermehr sich hätte gefallen können. Es wird sich aber, so gern ich auch dies alles zugebe, bei näherer Beleuchtung des Falles und der Ansichten, nach denen er entschieden worden, zeigen, dass wenn man sich dessen concrete Gestaltung nur in einigen unwesentlichen Beziehungen abgeändert denkt, alsbald das Zusagende in den Entscheidungen selbst nicht so ganz unzweifelhaft bleibt, und in wissenschaftlicher Beziehung es gar wohl erspriesslich sein könnte, über die Gründe der Entscheidung dem juristischen Publicum nachstehende Betrachtungen mitgetheilt zu haben.

§. 2.

Die nähere Beschaffenheit des vorgedachten Falles und von den mitgetheilten Entscheidungsgründen unabhängige Beurtheilung desselben.

Was in factischer Beziehung vorlag, das bedarf einer näheren Angabe, weil ohne dieselbe die in den Beilagen unter A. und B. enthaltenen Entscheidungsgründe und also auch deren Erörterung nicht durchaus verständlich wären.

Beklagter war Mitglied, Directorialmitglied einer in N. N. unter dem Namen „kaufmännischer Verein" bestehenden Privatgesellschaft und war es bereits, als gegen Ende des Jahres 1842 ein andres Mitglied, darum ersucht von dem Kläger, letzteren zur Aufnahme in den gedachten Verein vorschlug.

Kläger führte in der Klage an, in welcher Maasse nach den, von jedem Mitgliede unterzeichneten, unter

andern auch die „successive Erneuerung der Gesellschaft“ — also die Aufnahme neuer Mitglieder — „betreffenden Gesetzen der Gesellschaft, denen durch den Eintritt und durch Unterzeichnung der Gesetze jedes Mitglied sich unterwerfe,“ von Seiten der Gesellschaft, namentlich des Directoriums, hinsichtlich der Wahl zur Mitgliedschaft vorgeschlagener Personen zu verfahren sei.

Er führte weiter an: dass die Abstimmung durch Stimmzettel geschehe, das Directorium das Ergebniss prüfe und hierbei es insonderheit darauf ankomme, dass die in einer vorgeschriebenen Maasse controlirte Anzahl der abzugeben gewesenen Stimmzettel sich als richtig ergebe, weil sonst die Wahl als null und nichtig zu cassiren sei.

Mit dem allen war Beklagter einverstanden, einverstanden auch damit: dass die Aufnahme von der mit absoluter Stimmenmehrheit beifällig erfolgten Abstimmung abhängig sei, vorausgesetzt, dass dieselbe nicht an der angegebenen Nullität leide, und dass selbst die von dem Directorium zu bewirkende Bekanntmachung mittels Anschlages im Lokale der Gesellschaft nicht erst die Aufnahme bewirke, sondern dieselbe nur als durch absolute Stimmenmehrheit erfolgt anzeige.

Ferner war eingestanden vom Beklagten: dass bei dem den Kläger betreffenden Wahlact das nach Obigem zur Aufnahme Erforderliche geschehen und die sonach beschene Aufnahme Klägers als eines Mitgliedes des Vereins sofort der Gesellschaft mittels im Locale derselben affigirten Anschlages war von dem Directorium bekannt gemacht worden; und somit hatte Beklagter eingestanden, dass Kläger Mitglied der Gesellschaft geworden.

Endlich fand sich eingeräumt vom Beklagten, dass bei einer späteren Zusammenkunft der Gesellschaftsmitglieder — Beklagter selbst nannte diese Zusammenkunft einen legal zusammenberufenen Generalconvent — er erklärt: was in Beziehung auf Klägers Wahl geschehen, das sei als nicht geschehen und als ungültig zu betrachten,

dass als diese Erklärung in Form einer Frage zur Abstimmung aufgeworfen worden, er sie bejaht und dadurch seinerseits beigetragen, dass auch die anwesenden Mitglieder einstimmig jene Frage bejaht.

Nicht zu bezweifeln ist es, dass Beklagter, indem er dies gethan, der Mitgliedschaft des Klägers — denn Mitglied war dieser geworden — entgegenlaufende Schritte gethan, dass sie Störungen der dem Kläger durch die Aufnahme gewordenen Mitgliedschaft waren. Dass sie also den Kläger in die Lage setzten, sich zu beklagen, das wird kein Unbefangener leugnen, und dass man vorauszusetzender Weise in Fällen, wo man berechtigt ist, sich zu beklagen, auch berechtigt sei, desfalls gerichtlich zu klagen, sobald auf dem Wege des Processes Abhülfe denkbar und möglich ist, das scheint ebenfalls keinem Zweifel unterworfen. Mir vorbehaltend auf Einwendungen, die gegen Klägers Recht zu klagen sind gemacht worden, weiter unten zurückzukommen, bemerke ich über das petitum Folgendes:

Gefordert war, es solle dem Beklagten bei Strafe auferlegt werden, den Kläger nicht in dem Rechte der Mitgliedschaft zu stören und zu beeinträchtigen.

Da Kläger Mitglied geworden war und vom Beklagten eingestandener Maassen dieser der Mitgliedschaft des ersteren entgegenlaufende Schritte gethan hatte, so scheint es, gegen die Schlüssigkeit jenes Suchens sei nichts einzuwenden gewesen; wenigstens würde die entgegengesetzte Ansicht den Eintritt in eine Privatgesellschaft der gedachten Art ganz von dem Gebiete der Rechtsverhältnisse ausscheiden und eine solche Consequenz gefährdend auf Zustände wirken, die für manches Individuum so wichtig und noch wichtiger sind, als einem andern die Theilnahme an einer Handlungscompagnie. Es könnte eine gelehrte Gesellschaft zu eben so ernster als der Wissenschaft erspriesslichen Thätigkeit sich vereinigt und Statute errichtet haben, in welchen über die Aufnahme neuer Mitglieder eben so bestimmt wäre, als nach dem Obigen die Statuten der gedachten Gesellschaft zu

geselligen Vergnügen darüber bestimmten. Niemand wird leugnen, dass, wenn des statutenmässig neuaufgenommenen Gelehrten Titius Mitgliedschaft von jedem andern Mitgliede dürfte desavouirt werden, ohne hierzu vorhandenen, die Maassregel als eine rechtmässige darstellenden Grund, des Titius literarischer Name, seine ganze Stellung als Gelehrter und sogar von dieser abhängende bedeutende pecuniäre Interessen in eine überaus precäre Stellung gerathen könnten.

Ausserdem war das Klaggesuch auch noch dahin gerichtet: als Mitglied der Gesellschaft und insonderheit als Directorialmitglied derselben, solle Beklagter den Kläger als gewähltes und aufgenommenes Mitglied eben dieser Gesellschaft anerkennen.

Unbeantwortet blieb in der Klage die Frage: was denn nun eigentlich Beklagter könne zu thun haben, um einem solchen Anspruche zu genügen. Da auch aus der allgemeinen Ansicht des Verhältnisses sich eine Antwort auf diese Frage eben so wenig entnehmen liess, als sie direct aus der Klage zu entnehmen war, so war in nurerwähnter Beziehung keine Verurtheilung möglich, jedoch auch nicht einmal insoweit die Klage in angebrachter Maasse abzuweisen. Denn da nirgends vorlag, dass mit jenem Theile des Klaggesuches ein positives, die Anerkennung darlegendes Factum intendirt sei, so blieb eben um deswillen nur das, den Umständen völlig angemessen geforderte negative übrig: die Enthaltung von Störungen und Beeinträchtigungen der Mitgliedschaft Klägers. Somit erschien jener Zusatz nur als eine müssige, aller selbstständigen Bedeutung entbehrende Amplification des schlüssigen Klagvorbringens, dem gemäss Beklagter in Folge seiner Eingeständnisse zu verurtheilen war, dafern sich nicht ein beachtungswerthes exceptivisches Vorbringen eingewendet fand. Angeführt war vom Beklagten: jedes Mitglied sei verbunden sich den Beschlüssen des Generalconventes zu unterwerfen, und einstimmig sei von dem Generalconvente, der eine Prüfung der Wahl Klägers

vorgenommen, die Ungültigkeit derselben erklärt worden.

Erschien gleich seiner Tendenz nach dies Vorbringen als ein exceptivisches, so ging ihm doch die vollkommene Schlüssigkeit ab.

Angenommen: nicht nur eine gewisse Anzahl in einem sogenannten Generalconvente erschienener Mitglieder, sondern mit Ausnahme eines einzigen, alle Mitglieder erklärten, dieses eine solle für nicht aufgenommen angesehen werden, jedenfalls gäbe die Einstimmigkeit noch keine Gewähr für die Rechtmässigkeit des Beschlusses und am allerwenigsten würde die Einstimmigkeit taugen, an und für sich selbst und ohne Weiteres seine Rechtmässigkeit in Gewissheit zu setzen. Indess da Beklagter weiter angeführt hatte, der Widerruf der bekannt gemachten Aufnahme Klägers

> sei ausgesprochen worden in Gemässheit eines erörterten Grundes der factischen Nichtigkeit des Wahlactes,

so durfte man, da sehr zweckmässiger Weise bei einer Exception die Schlüssigkeit minder rigoristisch von der Praxis beurtheilt wird, als bei Klagen, auch ungeachtet dessen, dass nicht angegeben war, womit Beklagter jene Behauptung zu rechtfertigen gedenke, die Entscheidung von dem dem Beklagten aufzuerlegenden Beweise abhängig machen:

> dass, nachdem Kläger als Mitglied der Gesellschaft in dieselbe aufgenommen worden, man die Aufnahme wieder annullirt habe durch einen Beschluss, der sich, wo nicht nach gesetzlich bestehenden allgemeinen Vorschriften, doch nach den Statuten der Gesellschaft als gerechtfertigt darstelle.

§. 3.

Zu den Entscheidungsgründen 1ster Instanz.

Das erste in der Sache abgefasste Erkenntniss, ein Bescheid, ging

1. von der Ansicht aus, kein einzelnes Mitglied einer Gesellschaft könne einem Dritten die Rechte der Mitgliedschaft ertheilen; und aus dieser Ansicht folgert es

2. um schlüssig zu klagen, hätte Kläger sollen die sämmtlichen Mitglieder in Anspruch nehmen.

Dies zu folgern taugt schlechterdings nicht obige Prämisse. Von Ertheilung der Mitgliedschaft war gar nicht die Rede und konnte keine Rede sein; denn sie war bereits ertheilt und Störungen der Mitgliedschaft, deren Untersagung Kläger beantragte, hatte jeder Einzelne zu vertreten, welcher sich dergleichen erlaubte. Sollte Beklagter, um sämmtliche Mitglieder zu belangen, die Gesellschaft als solche belangen, so behinderte hieran ihn der Umstand, dass sie eine Privatgesellschaft, nicht theilhaft der Rechte einer moralischen Person war.

Demnach konnte er die Gesammtheit der Gesellschafter nur als einzelne in ein Litisconsortium gezogene Personen belangen. Liess aber wohl dies dem Kläger sich zumuthen, wenn nicht alle Mitglieder gleichen Sinnes mit dem Beklagten waren und da nichts dafür sprach, dass dies der Fall sei? Ferner: kann eine Klage dadurch unschlüssig werden, dass wenn er gewollt, Kläger dieselbe auch gegen eine gewisse Anzahl Litisconsorten hätte richten können? Endlich: wenn die verschiedenen Mitglieder verschiedene Störungen unternommen hatten, so fehlte es an dem Litisconsortium und alsdann wäre eine Klage durchaus unmöglich gewesen, während die Störungen auch solchenfalls widerrechtliche waren, gegen die dem Kläger doch offenbar die Rechtshülfe musste möglich sein.

§. 4.

Zu dem Erkenntnisse 2ter Instanz.

In Betreff der Entscheidungsgründe zweiter Instanz — m. s. die Beilage unter A. — bemerkt man Fol-

gendes: *) Obschon nicht verkennend, dass alles, was in den Acten hinsichtlich der Gesellschaftsstatuten vorlag, keine Erwerbsgesellschaft, sondern eine um geselliger Zwecke willen gebildete Gesellschaft andeutete, sahen sie dennoch für ungewiss an, was notorisch war, nämlich: dass hier von einen Verein letztgedachter Art die Rede sei, und verbanden damit die Bemerkung, es würde nach röm. Rechte — und Niemand kann dies bestreiten — Klägers von einigen oder auch der Mehrzahl der Mitglieder erklärte Aufnahme, demselben dennoch kein Klagrecht gegen die übrigen geben. Liesse nun schon die heutige Praxis durch dasjenige, was ein Gesellschafter im Namen der Gesellschaft erkläre, auch die übrigen Mitglieder verbunden werden, weil die Erklärung als im Auftrage derselben erfolgt angesehen werde, so würde bei jener Ungewissheit über den Zweck des libellirten Vereines hiervon dennoch keine Anwendung auf den vorliegenden Fall zu machen sein; demnach könne Kläger hinsichtlich der wieder zurückgenommenen Abstimmung nur diejenigen Mitglieder in Anspruch nehmen, die zu ihm in ein Vertragsverhältniss getreten wären, was jedoch der Fall nicht einmal bei denjenigen 131 Mitgliedern sei, die, nach Inhalt der Klage, für seine Aufnahme sich bejahend entschieden hätten, denn es sei nicht angeführt, jene Mitglieder hätten ihn von dieser ihrer Abstimmung in Kenntniss gesetzt und somit fehle es an der zur Herstellung eines Contractes erforderlichen interrogatio et responsio congrua. Nicht sei durch die mittels Anschlages im Gesellschaftslocale erfolgte Bekanntmachung des Ergebnisses der Abstimmung jene responsio interrogationi congrua hergestellt; dies um deswillen nicht, weil nach Klägers eigenem Anführen nur Gesellschaftsmitglieder Eingang in jenes Local hätten. Wollte man daraus, dass Kläger angeführt, er habe die Aufnahme acceptiret, folgern, dass sie ihm müsse bekannt geworden sein, wollte man also folgern und zugleich annehmen, nichts komme darauf an, in welcher Maasse jene Bekanntmachung erfolgt sei, so

*) Es scheint nicht unzweckmässig, jene Entscheidungsgründe in einer veränderten Redaction zu wiederholen.

liesse sich denken, Kläger könne jene 131 entweder alle zusammen oder jeden einzeln in Anspruch nehmen, nicht nur darauf, dass sie für ihre Person ihm den Eintritt verstatten, sondern auch zu gleicher Verstattung die übrigen Mitglieder zwingen sollten, weil nach den Statuten die Minorität sich den Beschlüssen der Majorität zu conformiren habe. Allein es sei nicht angeführt, dass Beklagter einer von jenen 131 sei. Falls aber auch diese Requisite zu Schlüssigkeit der Klage nicht fehlten, und somit die Voraussetzungen gegeben wären, unter denen man Beklagten als in Contractsverhältniss zu dem Kläger getreten ansehen könnte, dennoch wäre die Klage in der angebrachten Maasse abzuweisen; denn da nicht vorläge, welche Rechte die Mitgliedschaft gäbe, so ersähe man auch nicht, welchen Rechtes Störung dem Beklagten zu untersagen sei.

Zunächst über die vermeintliche Unmöglichkeit der certitudo sententiae. Diese Ausstellung gegen die Schlüssigkeit der Klage scheint die unbedeutendste unter allen. Sobald man fordert, dass Jemand sich der Störung eines Rechtes enthalten solle, das der Collectivbegriff in Art und Gestaltung sich unterscheidender Rechteszuständigkeiten ist, braucht man nicht diese letzteren einzeln herzuzählen. Wer wird dem Titius, der über Störungen klagt, die er von Lucius erleidet, der jenem das Eigenthum einer Wiese streitig macht, ansinnen, darauf zu klagen, Titius dürfe ihn nicht behindern die Wiese zu verkaufen, zu verpfänden, Heu davon abzuernten u. s. w.? Im vorliegenden Falle würde die verurtheilende Sentenz darauf zu richten gewesen sein, nicht dürfe Beklagter dem Kläger in Ausübung der auf dem Gesellschaftsstatute beruhenden Rechten der Mitgliedschaft stören, und dieser Ausspruch würde vollständig zum Ziele geführt haben. Denn bei anderweiten vermeintlichen oder wirklichen von Beklagten erfahrenen Störungen, wäre es die Aufgabe Klägers gewesen, aus dem Gesellschaftsstatute nachzuweisen, dass mit diesen das libellirte Factum unvereinbar sei.

Nun zu dem der Klage hauptsächlich entgegengestellten Einwand, welcher darin bestehen sollte, dass

man nicht ersähe, Beklagter sei in Contractsverhältnisse zu Klägern getreten. Gerade das Gegentheil. Beklagter und überhaupt jedes Mitglied hatte dahin mit dem Kläger contrahirt, derselbe solle als statutenmässig aufgenommenes Mitglied gelten und erachtet werden. Denn seinem juristischen Gehalte nach lässt das factische Verhältniss sich nicht anders auffassen als also:

a) Kläger meldete sich zur Wahl; dass er dies nicht persönlich, sondern durch ein hierzu von ihm ersuchtes und darum insofern als sein Mandatar anzusehendes Mitglied gethan, ist ausserwesentlich, dies um so mehr, als den Umständen nach nur diese mittelbare Anmeldung möglich war.

b) Hierin lag die ausgesprochene Anfrage, ob man ihn zum Mitgliede aufnehmen wolle.

c) Da Kläger nicht in dem Falle war der Gesellschaft etwas über die Art und Weise der Aufnahme vorschreiben zu können, so lag in dieser Anfrage die stillschweigende Erklärung, der Gesellschaft überlasse er die Modalität, die man hinsichtlich der Abstimmung über ihn und eventuell hinsichtlich seiner Aufnahme beobachten wolle, und somit, da diese Modalität im Gesellschaftsstatute regulirt war, die Erklärung: letzterem unterwerfe er sich in nurgedachter Beziehung.

d) Wie in einer Erwerbsgesellschaft der Institor durch den von den einzelnen Mitgliedern ihm ertheilten Auftrag das Organ der auf den gemeinschaftlichen Zweck berechneten Thätigkeit ist, so war durch der einzelnen Mitglieder Unterschrift der Gesellschaftsgesetze das Directorium zum Organ in Betreff des actus der Wahl und eintretenden Falls der Aufnahme gemacht. Die Directoren erschienen also hier als Mandatare jedes einzelnen Mitgliedes der Gesellschaft.

e) Indem diese Mandatare die Anmeldung Klägers nicht zurückwiesen, erklärten sie verbindend für jedes einzelne Mitglied: in Gemässheit ihres Auftrages statutengemäss hinsichtlich der Wahl und resp. der Aufnahme Klägers verfahren zu wollen.

f) Kläger seiner- und alle Mitglieder andrerseits waren

also einverstanden, zur Wahl solle nach dem Statute verschritten werden, und wäre er gewählt statutengemäss die Bekanntmachung erfolgen. Da er nun statutengemäss gewählt und die Aufnahme statutengemäss ist bekannt gemacht worden, so ist auch die interrogatio und congrua responsio erfolgt, welche das Urthel zweiter Instanz desiderirt. Dass die Bekanntmachung durch Anschlag in einem Local erfolgte, zu dem Kläger nicht den Zutritt hatte, das ist etwas Gleichgültiges. Denn man war gegenseitig einverstanden, dass dies der modus der Bekanntmachung und somit dem Kläger überlassen sein solle, dem Erfolge nachzufragen, käme er nicht ohnehin zu seiner Kenntniss. Auch würde im Allgemeinen gewiss Niemand das Perfectwordensein des Contractes bezweifeln, wenn Cajus dem Titius ein Angebot gemacht und man dabei gegenseitig festgesetzt hätte, falls es angenommen würde, so sei die betreffende Erklärung an irgend einem dritten Orte niederzulegen und sodann hier jene Erklärung wäre niedergelegt worden. Ueberdies war dem Mandatar des Klägers, durch den er sich angemeldet hatte und der eben dadurch auch beauftragt war, Rechenschaft hinsichtlich des ihm übertragenen Geschäfts dadurch zu geben, dass er den Kläger von dem Erfolge benachrichtigte, der Eintritt in das Gesellschaftslocal verstattet. Klägers vertragsmässiges Verhältniss zu jedem einzelnen Mitgliede war also vollkommen hergestellt.

§. 5.

Zu den Entscheidungsgründen 3ter Instanz*).

Anerkannt wird hier, keinesweges lasse sich behaupten, es sei Kläger nur zu denjenigen Mitgliedern, die für ihre Person seine Aufnahme und Mitgliedschaft erklärt, in ein contractmässiges Verhältniss getreten; und sodann, in Betracht eines factischen Momentes, dessen man nicht in §. 2. gedacht hat, weil alle Bemerkungen hinsichtlich desselben besser bis zu hier ausgesetzt

*) Man sehe Beilage B.

blieben, die Frage aufgeworfen, ob in der angegebenen Differenz denn überhaupt der Rechtsweg sei einzuschlagen gewesen?

Während des rechtlichen Verfahrens hatte nämlich Beklagter die Statuten der Gesellschaft vollständig beigebracht und auf deren §. 17. sich bezogen, welcher bestimmte:

> alle **Beschwerden**, Vorschläge oder sonstige Eingaben müssten bei der Direction zur Entscheidung angebracht werden. Gegen diese Entscheidung stehe dem Mitgliede, das dieselbe veranlasst, Provocation auf anderweite Entscheidung durch den Generalconvent frei, auch könne beliebig das Directorium diese Entscheidung sofort der Gesellschaft anheimgeben und zu dem Ende einen Generalconvent berufen.

Diese Bestimmung hat man als eine dem Kläger entgegenstehende angesehen und gesagt: wolle derselbe einmal davon ausgehen, dass er Mitglied des Vereins geworden, so müsse er auch, glaube er, es gäben ihm einzelne Mitglieder Grund zu Beschwerden, die Abhülfe zunächst auf statutenmässigem Wege suchen; eine Bemerkung, welchen den Gegenstand noch vollständiger erschöpfen würde, wenn sie den einzigen, anscheinend jedoch nicht ganz unerheblichen Zweifel beseitigte, den sie übrig zu lassen scheint. Gesezt nämlich irgendwo wäre das Heimathsrecht mit gewissen persönlichen Vortheilen verbunden und es beschwerte sich Jemand bei der vorgesetzten Behörde, ein andrer Ortsbewohner störe ihn im Genuss dieser Vortheile. Würde man die Beschwerde, als eine solche, die zunächst bei der Ortsobrigkeit wäre anzubringen gewesen, auch alsdann zurückweisen, wenn vorläge, dass Commun und Ortsobrigkeit damit einverstanden wären, der Beschwerdeführer sei kein Ortsheimischer und sei also auch gar nicht legitimirt in solcher Eigenschaft irgend eine Beschwerde bei der Ortsobrigkeit anzubringen? Befand nicht vielleicht unser Kläger sich in ganz gleichem Falle? Wenigstens scheint es, dass Beklagter, welcher zu den Acten erklärt hatte, es sei Klägers Aufnahme in einem legal zusammenberufenen Convent für null und nichtig und also

Klägers Nichtmitgliedschaft erklärt worden, in den seltsamsten Widerspruch zu sich gerieth, wenn er verlangte, Kläger solle sich an die Behörde verweisen lassen, an die nur die Mitglieder verwiesen waren, zu denen ihn, nach jenem Anführen Beklagtens, die Gesellschaft nicht zählte.

Man hat ferner gesagt, die blosse Verneinung der Eigenschaft Klägers als Mitgliedes sei noch keine Störung des Rechtes der Mitgliedschaft; hier komme es zunächst darauf an, ob das verneinte Recht liquid sei. War dies aber nicht dadurch liquid, dass eingestandenermaassen in Conformität zu dem Statute, sowohl der Wahlactus vor sich gegangen, als auch das für den Kläger ausgefallene Resultat war bekannt gemacht worden?

Das unbestreitbar richtige Princip, es sei keine Klage zu gestatten, wo überhaupt der beabsichtigte Zweck sich auf gerichtlichem Wege nicht realisiren lasse, wird in den Entscheidungsgründen dritter Instanz als ein weiteres Argument gegen die Schlüssigkeit der in Frage stehenden Klage geltend gemacht. Bereits in §. 2. 3. und 4. findet sich über das Klaggesuch und die Wirkungen, die ein demselben conformes Urtheil haben konnte, das Nöthige gesagt. Soviel ist gewiss, von jedem Mitgliede, das seine Wahl für null und nichtig erklärt hatte, musste Kläger sich gewärtigen, aus der Gesellschaft gewiesen zu werden, wenn er dieselbe beträte; denn dies Schicksal erfährt in der Regel ein jeder, der in eine geschlossene Gesellschaft eindringt. Um so mehr musste Kläger dies erwarten, als bereits die von einem legal zusammenberufenen Generalconvente repräsentirte Gesellschaft durch Annullirung seiner Aufnahme jeden einzelnen autorisirt hatte, vorkommenden Falls dem Kläger das Gesellschaftslocal zu verbieten. In der Lage zu sein, der erlangten Aufnahme ungeachtet nicht wagen zu dürfen, sich in eine ehrenwerthe Gesellschaft zu begeben, Niemandem, der danach fragen will, mit Grund der Wahrheit ableugnen zu können, man sei in solcher Lage, das ist eine Unannehmlichkeit, wodurch diejenige Aestimation verletzt wird, die zu schützen Jedermann das Befugniss und die Mittel haben muss. Und soviel möglich ward

dieser Zweck erreicht, wenn das Hinausweisen, in welcher beliebigen Form des Hausrechtes es geschehen mochte, zu einer Contravention gegen einen Rechtsspruch ward, und dass es zu einer solchen Contravention geworden, dem Publicum konnte Schwarz auf Weiss dargethan werden.

Beilage A.

Kläger hat die Zwecke des gesellschaftlichen Vereins, als dessen Mitglied er vom Beklagten anerkannt zu werden verlangt, nirgends bezeichnet. Er nennt ihn zwar einen „kaufmännischen" Verein, wollte man aber auch hieraus schliessen, dass es eine Handlungsgesellschaft sei, so würde dies doch immer ihn nicht berechtigen, auf den Grund der von einem Theile, wenn auch der Mehrheit der Mitglieder ihm ertheilten Zusage, ihn als Socius aufzunehmen, auch von den übrigen Genossen zu verlangen, dass sie ihn als solchen anerkennen.

l. 19. 20. 21. 22. pr. Soc. (17. 2.)

Vielmehr würde er sich deshalb immer nur an diejenigen halten können, welche ihm jene Zusage ertheilt hätten. Dass aber Beklagter dies gethan habe, ist in der Klage nirgends angeführt.

Ueberdies wird aber aus mehren in den Acten enthaltenen Andeutungen, namentlich den der Klage beigefügten Bruchstücken der Gesetze der fraglichen Gesellschaft, wahrscheinlich, dass dieselbe, ihres Namens ungeachtet keine Handlungsgesellschaft und überhaupt gar nicht zu irgend einem gewerblichen Zwecke gebildet sei. Auf Vereine andrer Art aber, z. B. auf solche, die wissenschaftliche, wohlthätige, Vergnügungszwecke verfolgen, lassen sich die Grundsätze des Civilrechts über das präsumtive Mandat, wonach jeder einzelne Theilhaber durch seine im Namen Aller gemachten Versprechungen auch die übrigen verpflichtet, gar nicht anwenden. Vielmehr erscheinen alle solche Gesellschaften, wenn auch vielleicht die Mitglieder unter einander vermöge ihnen gemeinschaftlich zustehenden Eigenthums an gewissen Ge-

genständen in einer communio pactitia, also einem wahren Societätsverhältniss, stehen, doch jedem Andern gegenüber lediglich als eine Anzahl Individuen; es wäre denn, dass ein solcher Verein vom Staate als eine Corporation und universitas anerkannt wäre, wovon aber in der vorliegenden Klage nichts gesagt ist.

Welcher Art also immer die Rechte sein mögen, die Kläger erlangt haben würde, wenn die in der Klage erwähnte Abstimmung nicht wieder zurückgenommen wäre, so würde er sich deshalb doch jedenfalls nur an diejenigen Mitglieder halten können, welche deshalb mit ihm in ein Vertragsverhältniss getreten sind. Dass es nun in der Klage an allen ein solches Verhältniss begründenden Momenten gänzlich fehle, lässt sich nicht behaupten. Denn es ist darin angeführt, dass Kläger durch seine von ihm veranlasste Vorschlagung bei dem Verein angefragt habe, ob man ihn als dessen Mitglied aufnehmen wolle? und dass darauf 131 Mitglieder unter 161 sich im Innern des Vereins bejahend ausgesprochen haben. Wäre hierbei erwähnt, dass diese Erklärung dem Kläger bekannt gemacht worden, so würde es, um diese 131 Mitglieder gegen ihn verbindlich zu machen, nicht einmal einer Acceptation von seiner Seite bedurft haben, da per interrogationem et congruam responsionem bekanntlich auch ohne solche ein Vertrag zu Stande kommt, oder vielmehr dieselbe schon in der Frage liegt. Von dieser Bekanntmachung ist in der Klage nichts erwähnt. Die angeführte Verkündigung des Resultats der Abstimmung durch Anschlag in dem Local der Gesellscheft kann dieselbe nicht ersetzen, da nach Klägers eignen Angaben daselbst nur Mitglieder Zutritt haben. Ob aus dem ebenfalls angeführten Umstande, dass Kläger dieses Resultat ausdrücklich acceptirt habe, auf jene wesentliche Thatsache geschlossen werden könne, mag für jetzt dahin gestellt bleiben. Angenommen, dies sei so, so kann allerdings die Frage entstehen, ob nicht Kläger diese 131 Mitglieder, welche die Aufnahme ihm zugesagt haben, deshalb in Anspruch nehmen könne, zumal da nach dem Anführen in der Klage und Beifuge die Minorität der Mitglieder an das gebunden ist, was die Mehrheit beschliesst, jene also sich in der Möglichkeit zu befinden scheinen, die

übrigen zur Ausführung ihres Beschlusses zu zwingen. Unter diesen Voraussetzungen könnte auch Klägerm das Recht nicht abgesprochen werden, nach seiner Wahl entweder alle jene 131 Mitglieder zugleich in Einer Klage zu belangen oder jeden Einzelnen davon besonders zu verklagen.

Allein Kläger hat

1)

nicht angeführt, dass Beklagter einer von jenen 131 sei, dass er für Klägers Aufnahme sich erklärt und diese Erklärung ihm bekannt gemacht habe. Es fehlt also schon deshalb an jedem Rechtsgrunde, Beklagten gegen Klägern diesfalls für verbindlich zu achten. Denn wäre jener vielleicht in der widersprechenden Minorität gewesen, so würde er nur von der Majorität, nicht aber von dem Kläger, gegen den er in gar keinem Vertragsverhältnisse stünde, angehalten werden können, sich dem fraglichen Beschlusse zu fügen. Sollte etwa Kläger nicht wissen, ob Beklagter für oder wider ihn gestimmt habe, ja sollte er vielleicht keinen der 131 namentlich zu bezeichnen vermögen, so könnte dieses freilich unübersteigliche factische Hinderniss an den Rechtsverhältnissen nichts ändern. Dazu kommt denn noch

2)

dass, wie ebenfalls schon wiederholt angedeutet, Kläger indem er die Verurtheilung Beklagtens dahin, dass derselbe bei Strafe sich enthalten solle, ihn an Ausübung der Rechte eines Mitgliedes des Vereins zu behindern, beantragt, gleichwohl auf keine nur einigermaassen deutliche Weise irgendwo zu erkennen gegeben hat, worin denn diese Rechte bestehen. Denn was die in einem Auszuge aus dem Gesellschaftsvertrage oder Gesetzbuche ausgehobenen Sätze über solche Rechte betrifft, so sind die unter a b. c. viel zu unbestimmt, als dass die eigentliche Beschaffenheit, die Gränzen und die Modalität der Ausübung der aufgeführten Befugnisse sich daraus beurtheilen liessen; der unter d. aber ist an sich ganz unverständlich und wird durch die Verweisung auf den nicht mit abgeschriebenen §. 12. nur mystischer. Unter diesen Umständen ist es unmöglich eine sententia

certa zu sprechen. Der Richter ist weder verbunden noch befugt, einem Kläger angebliche Rechte zuzusprechen, deren Inhalt und Umfang er zu übersehen nicht vermag.

Beilage B.

Wenn in voriger Instanz davon ausgegangen worden, dass derjenige, welcher sich als Mitglied einer Gesellschaft vorschlagen lassen und bei der auf statutenmässige Weise vor sich gegangenen Abstimmung die Mehrheit der Stimmen für sich erlangt habe, dadurch nur zu denjenigen Gesellschaftsmitgliedern, die für ihn gestimmt gehabt, in ein Vertragsverhältniss gekommen sei, so kann man gegenwärtig dieser Ansicht nicht beitreten. Denn entscheidet einmal bei der Abstimmung die Mehrheit der Stimmen, so verbindet diese auch die dissentirende Minorität und es ist so gut als wenn letztere ebenfalls für den Vorgeschlagenen gestimmt hätte. Der Ausspruch der Majorität ist als Ausdruck des Gesammtwillens des Vereins anzusehen. Aus diesem vom Kläger selbst anerkannten und seiner Appellationsdeduction untergelegten Grundsatze folgt aber nicht, dass die erhobene Klage in der angebrachten Maasse statthaft sei, vielmehr das Gegentheil.

I.

Die erste und hauptsächlichste Frage, die hier einschlägt, ist die: ob denn überhaupt der **Rechtsweg** in dieser Angelegenheit zu betreten gewesen? Mag es sein, dass eine Gesellschaft wie die des benannten Vereins, welcher die Corporationsrechte nicht verliehen sind, nicht als moralische Person, sondern nur als ein Complex einer gewissen Anzahl von Individuen zu betrachten ist, so bringt es doch die Sache mit sich, dass sie in der Regel ihre gewählten Vorsteher hat, welche berufen sind, die Angelegenheiten des Vereins zu leiten, über Erhaltung der Statuten und der statutarischen Rechte zu wachen und diesfalls entstandene Differenzen zu schlichten, oder der Gesammtheit aller Mitglieder zur Berathung und Erledigung vorzulegen. Es ist aber auch

in den vom Kläger selbst beigebrachten Statuten des Vereins §. 17. folgende ausdrückliche Bestimmung enthalten:

„alle Beschwerden, Vorschläge oder sonstige Eingaben müssen bei der Direction angebracht werden, die entweder selbst darüber entscheidet, oder nach Befinden in einem Generalconvente, zu dessen Zusammenberufung sie in dringenden Fällen zu jeder Zeit ermächtigt ist, den Verein selbst entscheiden lässt. Träte der Fall ein, dass ein Mitglied bei der Entscheidung der Direction sich nicht beruhigen wollte, so ist von selbigem auf einen Generalconvent zu provociren, doch muss das diesfallsige Schreiben an die Direction jedesmal von 10 andern Mitgliedern zugleich mit unterzeichnet sein und dann ist die Direction gehalten, ohne Verzug einen Generalconvent zur Entscheidung der Sache zusammenzuberufen."

Diese Bestimmung muss der Kläger gegen sich gelten lassen, wenn er einmal davon ausgeht, dass er Mitglied des Vereins geworden sei; er konnte also auch nicht sofort den Rechtsweg betreten, um auf diesem Beschwerden gegen einzelne Mitglieder wegen Beeinträchtigung seiner vorgeblichen Gesellschaftsrechte zur Erledigung zu bringen.

II.

Wollte man von diesem dem Kläger entgegenstehenden Rechtsgrunde absehen, so würde in Erwägung kommen, ob es richtig sei, wenn er ungeachtet von ihm die Verbindlichkeit der Beschlüsse der Majorität anerkannt worden, zur Rechtfertigung seiner Civilklage sagt, er habe ein selbstständiges Klagerecht gegen jeden Störer der mit seiner Mitgliedschaft verbundenen Rechte, diese aber wären von Seiten Beklagtens dadurch gestört worden, dass derselbe bei einer Zusammenkunft von Vereinsgliedern die Eigenschaft Klägers als Mitgliedes verneint habe. Ist diese Eigenschaft eine solche, die auf eine besondere Weise erworben sein muss, wenn sie als vorhanden angenommen werden soll, so gehört auch die blosse Verneinung derselben an und für sich betrachtet, nicht in die Kategorie derjenigen Handlungen, die, wie dies z. B. bei wörtlichen und thätlichen

Injurien der Fall ist, in sich selbst eine Rechtsverletzung enthalten und deren Beweis allein genügt, um ihren Urheber rechtlich zu belangen, sondern es kommt dabei zunächst darauf an, ob das verneinte Recht des Andern liquid sei.

Hiernächst muss, was ebenfalls hier zu beachten ist, bei Beurtheilung der Statthaftigkeit einer Civilklage das Augenmerk des Richters auch darauf gerichtet werden, ob die in Anspruch genommene Partei der rechte Beklagte und das, was der Kläger von ihm verlangt, überhaupt und auf gerichtlichem Wege realisirbar sei, weil sonst der Process zwecklos geführt werden würde.

Cfr. Gönners Handbuch des gemeinen deutschen Processes Bd. 1. pag. 307. sq.

Daraus ergiebt sich aber Folgendes:

a)

Kläger hat nicht behauptet, dass Beklagter auf eine in ihrer Form verletzende Weise jene Verneinung ausgesprochen habe, es würde auch, wenn solches geschehen wäre, deshalb nicht der Civilprocess, sondern der Rügenprocess Platz ergreifen.

b)

Das Recht der Mitgliedschaft im gedachten Vereine beruht auf dem statutengemäss erklärten Gesammtwillen der Vereinsmitglieder. Hängt es nun von diesem ab, ob Jemand das Recht der Mitgliedschaft haben solle, so kann nicht der Beklagte es sein, gegen welchen und mit welchem die bestrittene Frage über Klägers Mitgliedschaft zur Erledigung zu bringen sein würde. Er ist nicht der legitimus contradictor.

Cfr. J. H. Boehmer de actionib. pag. 99.
Hofacker princ. jur. rom. tom. 1. p. 277.

c)

Dass durch gegenwärtigen Civilprocess wenigstens das Recht erlangt werden könne, den Beklagten für seine Person zu zwingen, aller und jeder Störung der Gesellschaftsrechte Klägers sich zu enthalten, lässt sich ebenfalls nicht so schlechterdings annehmen.

Oftgedachte Mitgliedschaft begründet ein Verhältniss zum Verein und seiner Mitglieder **als solcher**, die speciellen Rechte, welche sie gewährt und in §. 10. der Statuten näher angegeben sind, haben Geltung und eigentlichen Werth nur in diesem Verhältnisse und nicht unabhängig erscheint in demselben das einzelne Mitglied, indem es vielmehr an den Willen der **Mehrheit** gebunden ist. Gesetzt nun es würde in diesem Processe gegen Beklagten die Mitgliedschaft Klägers für erwiesen erachtet, die **Verneinung** derselben als **Störung** angesehen und in Folge dessen Beklagter dem Klagegesuche gemäss in Enthaltung verurtheilt, so würde doch diese Verurtheilung keinen andern Sinn als den haben, dass Beklagter die Ausübung der gesellschaftlichen Rechte Klägers im Vereine geschehen lasse, die Möglichkeit der Befolgung dieses Erkenntnisses aber nicht vom Beklagten allein, sondern von dem Willen der Mehrheit der Mitglieder abhängig bleiben. Ein andres Resultat ergiebt sich selbst dann nicht, wenn man die ofterwähnte Verneinung nicht isolirt, sondern in Verbindung mit dem fernerweiten Anführen Klägers betrachtet, dass nämlich Beklagter bei der obenerwähnten Zusammenkunft zu einer Abstimmung über die Frage: ob Klägers Wahl als gültig anzusehen sei, seine Einwilligung gegeben und dadurch seinerseits mit dazu beigetragen habe, dass jene Frage von der Mehrheit der Anwesenden bejaht worden sei. Denn sec. fol. ist dieser Vorgang auch nur als eine Störung bezeichnet, deren Angabe zum Zweck haben soll, das generelle auf Enthaltung aller künftigen Störungen gerichtete Schlussgesuch zu motiviren.

III.

Endlich ist noch zu bemerken, dass, die Statthaftigkeit der Klage im Allgemeinen vorausgesetzt, in derselben die Verhältnisse rücksichtlich der Zusammenkunft genauer hätten angegeben werden sollen.

Beklagter behauptet, dass diese ein wirklicher legal zusammenberufener Generalconvent gewesen und in diesem die Wahl Klägers für ungültig erachtet worden sei. Dagegen

hat Kläger in der Replik das Factische in dieser Behauptung nicht mit ausdrücklichen Worten geleugnet, vielmehr nur die Legalität eines solchen Generalconventes und Beschlusses bestritten und in der Klage selbst theils sich so gefasst, als spreche er nur von einer zufälligen Zusammenkunft von Vereinsmitgliedern, theils gänzlich unterlassen, Gründe gegen die Legalität des Beschlusses anzugeben. Gleichwohl ist es ausser Zweifel, dass eine bestimmtere Angabe hierüber allenthalben und die Inserirung einer Replik nöthig gewesen sein würde, wenn Kläger das Factische an der Behauptung Beklagtens nicht gänzlich in Abrede stellen kann, da in der Regel ein Mitglied des Vereins an die Beschlüsse eines Generalconventes gebunden ist.

IX.

Kann wegen Verbrechen, die der eine Ehegatte begangen, der andere auf Scheidung klagen?

§. 1.

Einleitende Bemerkungen.

Vielleicht erregt die aufgeworfene Frage Bedenken, Bedenken in zwiefacher Hinsicht; denn sollte nicht schon über die Möglichkeit einer solchen Frage nothwendig ein Jeder erstaunen, der überzeugt ist, dass Eherecht und dessen Praxis, wie nur immer sie mit den Ehescheidungen gebahren mögen, damit doch nimmermehr auf gänzlich ideenwidrige Weise gebahren können. Welcher Art Vorstellung, denkt ein also Ueberzeugter bei sich selbst, verbindet man wohl mit der Heiligkeit, die selbst der Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens als Prädicat der Ehe anerkennt, wenn man sich vorsetzt zu untersuchen, ob Verbrechen einen Scheidungsgrund abgeben und somit als vor der Hand unentschieden annimmt, ob die Antwort anstatt bejahend nicht vielmehr verneinend ausfallen könne? Soll das Heiligsein der Ehe ihren ideellen Gehalt bezeichnen, dann ist, sobald der eine Theil verübt, was dem Codex des Sittengesetzes als Verbrechen gelten muss, die Ehe sofort zerstört, ohne dass darauf etwas ankommen kann, ob auch vom Strafcodex die That als Verbrechen geahndet wird. Denn genau genommen dient solchenfalls das Scheidungsurthel gar nicht zur Scheere, die das Eheband durchschneidet, sondern ist nur die positiv angenommene Form, in welcher das Zerstörtsein der Ehe ein äusseres Merkmal erhält,

das in Hinsicht auf andre bürgerliche Lebensverhältnisse nothwendig ist. Soll aber Heiligkeit der Ehe soviel als Unauflösbarkeit oder doch schwere Auflösbarkeit derselben heissen, so belehrt uns die Erfahrung, dass weder die eine noch die andere in Wirklichkeit existirt und seltsam genug wäre es, sollte nur in Hinsicht auf Verbrechen das leere Wort volle thatsächliche Wahrheit sein.

Eine andere Beziehung, in welcher die Ueberschrift des vorliegenden Aufsatzes Bedenken erregen kann, liegt in der Tendenz gegenwärtiger Sammlung wissenschaftlich erörterter juristischer Entscheidungen. Inmitten also erörterter Entscheidungen scheint eine in das Eherecht einschlagende Frage nicht eben wohl am Platze zu sein. Allemal nämlich führt die wissenschaftliche Behandlung civilrechtlicher Fälle, ist sie ächter Beschaffenheit, auf sehr einfache theoretische Wahrheiten zurück, in denen uns die Ueberzeugung aufgeht, am Sichersten und am Zusagendsten werde das concrete behandelt, wenn wir dasselbe seiner concreten Beschaffenheit entkleiden und es auf einen allgemeinen abstracten Begriff zurückführen, der uns in den Stand setzt, die dem entscheidenden Ausspruche vorhergehende Operation wie ein Rechnen mit unbenannten Zahlen zu betreiben, dessen Facit anwendbar auf den eben vorliegenden Fall dadurch gemacht wird, dass, um in dem Gleichnisse fortzufahren, den unbenannten Zahlen dieses Facits die in dem zu entscheidenden Falle gegebenen benannten substituirt werden. Also erscheint, wird sie richtig begriffen und aufgefasst, die civilrechtliche Praxis als eine theoretische, als eine wissenschaftliche in eminentem Sinne des Wortes. Ganz anders verhält es sich mit der Eherechtspraxis. Denn auf den ersten Blick lehrt die Betrachtung der Eigenthümlichkeit ihrer Aufgabe, dass hier ein in Frage gestelltes Factum fast nie, vielleicht schlechterdings nie in abstracter Allgemeinheit sollte aufgefasst werden, sondern stets nach der concreten Bedeutung, die ihm der streitenden Parteien Persönlichkeit und alle hieran sich knüpfende individuelle Beziehungen verleihen.

Die Wahrheit dieser Bemerkung tritt einem Jeden ganz nahe und in volle Anschaulichkeit, wenn er z. B. die Frage aufwirft, was darf gerechter und zweckmässiger Weise ein Ehegatte beantragen, der von dem andern einen Schlag in das Gesicht erhalten? Kein Verständiger, mit unbefangenem Rechtssinn Begabter, wird eine Antwort finden, so lange die Frage in solcher Allgemeinheit obschwebt; er begreift aber, irgend eine genügende Antwort müsse darauf möglich sein, je nachdem eines Handlangers an Herkommen und Bildung ihm ebenbürtige Ehefrau über solche Unbill klagt oder eine Frau in den begünstigsten Lebensverhältnissen und von entsprechender Bildung des Geistes und Gemüthes. Allerdings lässt sich in keinem zu irgend einer Beurtheilung, juristischer oder andrer, vorliegenden Falle das Urtheil einzig und allein nach der concreten Gestaltung des Falles bilden, sondern allemal setzt dasselbe eine darüber stehende allgemeine Norm voraus, und es ist somit undenkbar, dass ein Ehegericht ohne solche Norm verfahren könne; und demnach lässt sich annehmen, diese Norm entweder erst noch zu entdecken oder sie doch in bessere Evidenz zu setzen, sei eine Aufgabe der wissenschaftlichen Jurisprudenz. Jedoch dies leugne ich und leugne es in Gemässheit folgender Betrachtung. Das Allgemeine, ohne das auch kein Eheprocess kann entschieden werden, ist die Idee der Ehe, welche das Evangelium klar und deutlich ausgesprochen hat, jedoch in dem Wesen der menschlichen Natur so tief begründet ist, dass dem heidnischen Rom die Ehe sich als vergesellschaftetes Leben und Gemeinsamkeit so göttlichen als menschlichen Rechts erwiesen hatte, lange bevor der reflectirende Verstand sie durch eine solche Definition auf eine ideelle Höhe stellte, die um nichts hinter derjenigen zurückbleibt, die ihr die Worte des Evangeliums zuerkennen. Wie gross und mannichfach aber auch die Schwäche der menschlichen Natur sei, wohlgesorgt ist durch das, was wir ihre Göttlichkeit nennen dürfen, dafür, dass der Mensch hinsichtlich jeder ihm inwohnenden Idee, die Frage, ob sie in einem gegebenen Concreten realisirt sei oder nicht,

mit einer Sicherheit zu ermessen vermag, welche durchaus proportional dem Bedürfnisse steht, wozu ihm auf dem actuellen Standpuncte seiner subjectiven Cultur die Realisiruug der Idee geworden ist. Wie nach dem Maasse der in ihm vorhandenen Erweckung des Sinnes für die Idee des Schönen der Schüler in seiner Art nicht minder sicher als ein Winkelmann ermisst, ob ein angebliches Kunstwerk schön oder unschön sei, so wird auch die Frage, ob auf dem Standpuncte des Titius und der Titia die Idee ihrer Ehe zerstört sei, mit zuverlässiger Sicherheit entschieden werden, bringen wir sie vor ein judicium parium, d. h. zur Entscheidung von Personen, die mit Titius und Titia auf gleichem Standpuncte sittlicher Ansichten stehen oder doch im Stande sind auf diesen Standpunct sich zu versetzen. Hier ist also für wissenschaftliche Jurisprudenz und processualische Verhandlungen secundum regulas artis gar kein Feld; und unheilbar vor der Hand liegt das Jammervolle unsers Eherechtes und Processes darin, dass beide in ein also bemessenes Feld sich gestellt finden. Denn auf diese Weise ist es dahin gekommen, dass man vor dem damit verbundenen Uebelstande die Augen selbst in dem exceptionellen Falle verschliesst, wo die Acten deutlich genug der Parteien subjective Verhältnisse und dasjenige wahrnehmen lassen, was in Gemässheit derselben als Entscheidung auszusprechen wäre, ja, wie nun einmal die Praxis gestaltet ist, man sich sogar das Selbstzeugniss der Unparteilichkeit geben darf, wenn in einem Eheprocesse den Personalitäten eben so wenig Einfluss vergönnt worden, als nach richtig erkannter Pflicht sie im Civilprocesse finden dürfen. Bei dieser Ansicht von Lage der Sache geht mir aller Glaube an die Möglichkeit ab, man könne die Ehescheidungsgründe wissenschaftlich auf andere als auf die Weise behandeln, dass man auseinander setzt, wie hier vermeintliche Wissenschaft und fehlgreifende Gelehrsamkeit Jahrhunderte lang höchst ideenwidrige Einflüsse geäussert haben. Von dieser Ueberzeugung ausgehend, die sich durch die Abhandlung selbst rechtfertigen wird, soll die Frage: ob wegen Verbrechen, die ein

Ehegatte begangen, der andre auf Scheidung klagen könne, in der Ordnung behandelt werden, dass

1. angegeben wird, wie hierauf der Gerichtsbrauch antwortet.

Dass schon die vorstehenden Bemerkungen keinen Zweifel darüber lassen werden, mir, für meine Person, erscheine dieser Gerichtsbrauch als höchst unbefriedigend, beweist noch keinesweges, mein Zweck sei der gewesen, Opposition dagegen zu erregen. Vielmehr wird sich zeigen, dass, fasst man die Präcedentien desselben in das Auge, dieser Gerichtsbrauch als ein Fortschritt gelten darf, in welchem das Viele, das er zu wünschen übrig lässt, compensirt wird durch Festhalten an dem unwandelbar festzuhaltenden Grundsatze: der Gerichtsbrauch dürfe nicht in jachen Sprüngen vorwärts schreiten. Dies anschaulich zu machen wird es nöthig sein

2. die historischen Momente hervorzuheben, welche bei Bildung unsers Gerichtsbrauches in Beziehung auf Verbrechen als Scheidungsgrund eingewirkt haben und sodann

3. nachzuweisen, wie er unter diesen Einwirkungen auf den dermaligen Standpunct gediehen. Hieran

4. schliesst die Betrachtung, welche Fähigkeit weiterer selbstständiger und dem Bedürfnisse gemässer Ausbildung er wahrnehmen lasse.

§. 2.

Die Praxis des Oberappellationsgerichtes in der angegebenen Beziehung.

In folgenden Sätzen theile ich die bezeichnete Praxis zunächst vorstehend angekündigter Maassen, ohne allen Commentar mit.

a)

Die Verbrechen des einen Ehegatten können gegen des andern Persönlichkeit unmittelbar gerichtet sein oder

mittelbar, indem sie nicht sowohl auf dessen Person als vielmehr die eheliche Verbindung einwirken. Der ersteren Art sind die sogenannten insidiae vitae structae, von letzterer Ehebruch, malitiosa desertio, Sodomie — m. vergl. §. 808. des Gesetzbuches — Abtreibung der Leibesfrucht. Die eben angeführten Vergehen einer und der andern Art rechtfertigen den Antrag auf gänzliche Ehescheidung.

b)

Kein gegen einen Dritten verübtes Verbrechen giebt an sich einen Scheidungsgrund ab, kann aber zu Herstellung eines Scheidungsgrundes führen, dann nämlich, wenn der Thäter in Untersuchung gezogen und ihm eine mindestens vierjährige Freiheitsstrafe zuerkannt wird. Die Art und Weise der mindestens vierjährigen Detention (Zuchthaus, Arbeitshaus, Haft jeder Art) macht hierbei keinen Unterschied (m. s. Criminalgesetzbuch art. 7—13 und art. 53 und das Militairstrafgesetzbuch vom Jahr 1838 §. 6. flgde. und §. 48). Die Ansicht, worauf dieser Scheidungsgrund beruht, ist die, der schuldige Theil, welcher in Folge seines Verschuldens vier Jahre lang dem ehelichen Zusammenleben entzogen wird, sei einem malitiosus desertor gleichzustellen.

c)

Erst dann kann die Ehescheidungsklage angestellt werden, wenn in zwei Urtheln auf mindestens vierjährige Freiheitsstrafe erkannt worden, oder der Angeschuldigte sich dem ersten hierauf sprechenden Urthel ausdrücklich unterworfen hat. Stillschweigende, das Nämliche bewirkende Submission ist anzunehmen, wenn er keinen bestimmten Antrag auf weitere Defension gestellt.

d)

Nach eingetretener Rechtskraft des Ehescheidungsurthels ist gegen dasselbe ausgesprochene Begnadigung oder Herabsetzung der Strafzeit nicht zurückwirkend.

e)

Eine Zusammenrechnung mehrerer bereits erlittener Freiheitsstrafen und der neuerlich erkannten: z. B. in dem Falle, wenn Jemand sich zwei Jahre lang in der Correctionsanstalt oder in einem Landesgefängniss befunden und nach seiner Entlassung mit zweijähriger Arbeitshaus- oder Zuchthausstrafe belegt wird: ist in der Regel unzulässig. Jedoch unter besondern Umständen soll ausnahmsweise eine solche Zusammenrechnung statt finden. So z. B. würde sie zulässig sein, wenn sofort nach Verbüssung der ersten Strafe der Schuldige ein neues Verbrechen beginge, wegen dessen ihm eine weitere Freiheitsstrafe auferlegt wird.

f)

Nach richterlichem Ermessen soll auch eine kürzere als vierjährige Freiheitsstrafe einen Scheidungsgrund in dem Falle abgeben, wo nach Beschaffenheit des bestraften Verbrechens Gefahr für das Leben oder die Gesundheit des unschuldigen Gatten oder der grösste Nachtheil für die Erziehang der Kinder zu besorgen sein würde. Gefährdung andrer Güter des unschuldigen Ehegatten, z. B. der Ehre, findet keine Berücksichtigung.

g)

Auch vierjährige Freiheitsstrafe ist kein Scheidungsgrund, wenn der klagende Ehegatte an dem Verbrechen des beklagten Theil genommen hat. Unter Theilnahme sind hier zu verstehen alle im Criminalgesetzbuche art. 33 — 37, ingleichen im 2. Abschnitte des art. 38. erwähnte Arten derselben.

Blosse Begünstigungen (m. vergl den 1sten Abschn. des art. 38. und art 39 und 40. des Criminalgesetzbuches) stehen in den Fällen, wo es blos auf die vierjährige Dauer der Freiheitsstrafe ankommt, dem Ehescheidungsgesuche nicht entgegen.

Inwieferne etwa in den unter f. bemerkten Fällen die Theilnahme den Ehescheidungsantrag unstatthaft mache, soll von richterlicher Beurtheilung abhängen.

Die vorstehend mitgetheilten Sätze sind Modificationen der früher von dem gewesenen Appellationsgerichte beobachteten Eherechtspraxis, die wiederum nur aus dem Standpuncte der gleichzeitigen oder nur um wenig früheren Jurisprudenz begreiflich ist, deren Unwerth zu fassen, man auf gewisse Stellen des neuen Testamentes und unsre Stellung zu diesem, auf das Justinianeische Recht, den katholischen Lehrbegriff von der Ehe, endlich auf die Ansicht eingehen muss, welche davon die Häupter der Reformatoren genommen. Der Weitschichtigkeit dieses Materials ungeachtet, wird es dennoch möglich sein die eigentlich bedeutenden und entscheidenden Momente ohne lästige Wiederholung eben so bekannter als oft besprochener Dinge einfach und überzeugend vorüber zu führen.

§. 3.

Das Justinianeische Recht, in Beziehung auf die vorliegende Frage.

Dass auf unser Eherecht, insoweit dasselbe Bestimmungen über Auflösbarkeit oder Unauflösbarkeit des Ehebandes enthält, das Corp. jur. nicht einmal insoweit von Einfluss gewesen, als es von christlichen Kaisern herrührt und dergleichen Bestimmungen vorschreibt, das ist bekannt und eben so bekannt, dass das heutige Eherecht seine erste Richtung gemäss demjenigen, falschen oder treffenden Verständnisse genommen, das man im neuen Testamente uns überlieferten, von Jesu und den Aposteln in Betreff der Ehescheidungen gegebenen Aussprüchen angedeihen lassen. Das unter solchen Umständen hinsichtlich unsers Themas nicht Unwichtige, ja überaus Wichtige in dem Justinianeischen Rechte ist, dass wir aus demselben ersehen, wie ein christliches Zeitalter recht eigentlich Parade mit dem Christenthume und der orthodoxesten christlichen Orthodoxie hat machen können (als in welchem Falle wohl unbestritten das Zeitalter Justinian's sich befand) und dennoch bei den Ehe-

scheidungen nach Ansichten verfahren, die unserer Gewöhnung als die allerlaxesten erscheinen. Man nehme z. B. Nov. XXII. cp. 4. dissolvuntur matrimonia dum vivunt, qui ea contraxerunt vel consentiente utraque parte (de quibus hic nihil dicendum, quum pacta hanc rem, sicut utrique placuerit, definiant) vel ex occasione justa, quae bona gratia vocantur, vel sine ulla causa, vel etiam ex causa justa.

Wenn in Nov. CXVII. cp. 8. §. 2. und 3.*) der Mann befugt sein soll sich von der Frau zu trennen, daferne sie Ehebruch getrieben, ihm nach dem Leben gestellt oder ihn nicht gewarnt vor Lebensnachstellungen, die Andre ihm bereitet und ihr bekannt geworden, so finden wir zwar dies ganz in der Ordnung; hingegen (§. 4**), dass es ein Scheidungsgrund sein soll, wenn sie mit fremden Männern **schmaust**, das dünkt uns sonderbar genug und auch das **Baden** mit fremden Männern (§. 4. cit.) würden wir zu Ehren des heiligen Ehestandes, in welchem der Mann Unsittlichkeiten der Frau, so lange

*) Si maritus uxorem suam adulterii convinci posse existimaverit, conveuit maritum primo mulierem vel etiam adulterum accusare, et si accusatio illa vera probata fuerit, tum misso repudio maritus una cum donatione propter nuptias dotem quoque habeat, ac praeterea, si liberos non habeat, tantum ex reliquis bonis mulieris accipiat, quantum tertia pars dotis esse intelligitur, ut dominio ejus et dos et poena a nobis definita applicetur. Si enim liberos ex eodem matrimonio habeat, jubemus, ut et dos secundum leges hac de re latas, et reliqua mulieris substantia liberis servetur, utque ita adulter legitime convictus una cum muliere puniatur. Et si quidem adulter uxorem habeat, illa tam dotem suam, quam donationem propter nuptias accipiat, ita ut si liberos habeant, mulier solo usufructu donationis fruatur, dominio secundum leges liberis servando; reliquam vero mariti substantiam liberis ejus ex liberalitate nostra donamus. Sin autem liberi non exstent, sancimus, ut dominium quidem donationis ante nuptias mulieri competat, reliqua vero omnis mariti substantia fisco secundum veteres leges applicetur.

§. 3. Si quocunque modo mulier vitae mariti insidietur, vel aliis hoc facientibus conscia id viro non indicaverit.

**) Si cum extraneis viris nolente marito convivetur aut cum iis lavetur.

sie nur nicht in Ehebruch in eigentlichster materiellster Bedeutung des Wortes ausarten, als etwas hinnehmen soll, worein der Christ sich mit christlicher Resignation zu ergeben habe, als Scheidungsgrund nur dann gelten lassen, wenn besondere Umstände zu der Annahme führten, dass die Mitbadenden in dem Sinne der Worte verfahren: quid juvat aspectus si non conceditur usus. Ganz exorbitant aber scheint es der heutigen Praxis Vorgänge der in §. 5. und 6. ibid.*) bemerkten Art unter die Scheidungsgründe aufgenommen zu sehen. Wer sich genauer über alle hier einschlagende Bestandtheile des Justinianeischen Rechts unterrichten will, findet das Nöthige vollständig in F. H. Boehmer Jus eccles. Protestantium Lb. LX. tit. XIX. §. 14. flgde. zusammengetragen. Um zu beweisen, keine Ahndung habe der orthodoxe Justinian von dem Rigorismus gehabt, zu dem sich das heutige Eherecht, obschon allerdings mehr den Worten als den thatsächlichen Erfolgen nach bekennt, reichen schon die in Vorstehendem mitgetheilten Aussprüche hin und dass ungeachtet aller Schwankungen zwischen einem Mehr und einem Weniger auch in dem späteren, immer tiefer und bis zum gänzlichen Untergange in die Orthodoxie versinkenden byzantinischen Reiche die nämliche Erscheinung sich fortgesetzt hat, ist ebenfalls aus Boehmer am a. O. zu ersehen. Der Gegensatz der byzantinischen und der heutigen eherechtlichen Ansichten beruht darauf, dass die byzantinische Orthodoxie, aller ihrer Grösse ungeachtet, sich nichts zu vergeben glaubte, wenn sie hinsichtlich der Ehetrennungen es im nur bemerkten Maasse hielt. Wir, die wir es anders und strenger halten, thun es zuverlässig nicht, weil wir orthodox sein wollen und uns einer berichtigten und darum zu dem abweichenden Resultate führenden Orthodoxie rühmen; denn jene Begriffsverwirrung, die unsern Zeiten

*) si nolente marito extra domum, nisi forte apud parentes suos, maneat.

§. 6. si ludis circensibus, vel theatris, vel cynegiis spectandi causa interfuerit ignorante vel prohibente marito.

eigenthümlich ist, glaubt auf der Höhe des Protestantismus erst dann zu stehen, wenn sie selbst gegen die Bibel protestirt und von gelehrten Theologen hört man als orthodox denjenigen prädiciren, der nichts glaubt, als was ihm seine Vernunft sagt. Zu federleicht wiegt also unsere Orthodoxie, als dass um ihretwillen wir es anders halten sollten und in der That bekennen wir, wie sich weiter unten zeigen wird, zu strengern Maximen uns nur in Gemässheit eines Gerichtsbrauches, der sich aus einer späteren, für die orthodoxe angenommenen kirchlichen Ueberzeugung gebildet hat. Welche Orthodoxie hat nun aber fehlgegriffen, die byzantinische oder die angedeutete spätere? Sollte letztere diejenige sein, welche fehlgegriffen, so wäre der darauf basirten Praxis das Todesurtheil in l. 39. de LL. (1. 3.)*) geschrieben.

§. 4.

Was ist im neuen Testamente hinsichtlich der Ehescheidungen ausgesprochen?

Nach Beschaffenheit dieser Frage und da sie zunächst rein linguistischer Natur ist, sollte man vermuthen, mit ihr dürfte man in das Reine sein. Allein noch ist man es nicht, oder es ist doch wenigstens der Anfang gemacht, damit nicht länger im Reinen zu bleiben. Eine neuerlich erst erschienene Schrift, auf die wir weiter unten zurückkommen werden, beweist es**). Die erste der hierher gehörigen Stellen ist Matthäus 5, 31. und 32. Luther übersetzt sie also: „Es ist auch gesagt: wer sich von seinem Weibe scheidet, der soll ihr geben einen Scheidebrief. Ich aber sage euch, wer sich von seinem Weibe scheidet: es sei denn um Ehebruch, der

*) Quod non ratione introductum sed errore primum deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.

**) Zur Berichtigung der Ehescheidungsgesetze nach biblischen, altrömischen und staatsrechtlichen Grundideen. Nebst einer Zuschrift an Se. Excellenz, den königl. Pr. Minister für die Gesetzrevision, Herrn von Savigny, von Dr. H. E. G. Paulus. Darmstadt, 1843.

macht, dass sie die Ehe bricht; und wer eine Abgeschiedene freiet, der bricht die Ehe.“

Folgendermaassen die Vulgata: dictum est autem: quicumque dimiserit uxorem suam, det ei libellum repudii. Ego autem dico vobis: quia omnis, qui dimiserit uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam moechari; et qui demissam duxerit, adulterat.

Vergleichen wir damit den griech. Text: er lautet also: *Ἐῤῥέθη δὲ „ὅτι ὅς ἂν ἀπολύσῃ τὴν γυναῖκα αὐτοῦ, δότω αὐτῇ ἀποστάσιον“. Ἐγὼ δὲ λέγω ὑμῖν, ὅτι ὃς ἂν ἀπολύσῃ τὴν γυναῖκα αὐτοῦ, παρεκτὸς λόγου πορνείας, ποιεῖ αὐτὴν μοιχᾶσθαι· καὶ ὃς ἐὰν ἀπολελυμένην γαμήσῃ, μοιχᾶται.*

Man sieht*), die Lutherische Uebersetzung würde eben so wortgetreu sein, als die Vulgata, wenn sie die Worte *παρεκτὸς λόγου πορνείας* in deutschen gäbe, die jenen griechischen so vollkommen entsprächen, wie die lateinischen „excepta fornicationis causa,“ d. h. es wäre denn um Hurerei willen.

Der Sinn ist der Nämliche, wir mögen den griechischen Text und die ihm ganz wortgetreue Vulgata oder die Lutherische Bibelübersetzung vor Augen haben. Indem ich dies behaupte, behaupte ich, dass in dem Zusammenhange, in welchem hier *πορνείας* steht, im völlig identischen Sinne auch *μοιχείας* stehen könnte und diese Behauptung ist richtig. Jesu will ausnahmsweise die Scheidungen zulassen um ein Vergehen des Weibes willen; dies Vergehen nennt er *πορνεία*, was im weitesten Sinne des Wortes keinesweges nothwendig vita meretricia, sondern, wie nach S. 37. der angezogenen Schrift auch Herr Dr. Paulus anerkennt, jedes ausser der Ehe statt findende sich Ergeben an einen Mann ist. Das ausser der Ehe sich Ergeben an einen Mann

*) Auch die Uebersetzung, welche die angezogene Schrift S. 29. giebt, führt zu keinem andern Resultate. „Ich aber sage euch: Wer etwa weg (von sich) losgegeben hat sein Weib, ausser einem Ausspruch von Hurerei, der macht, dass sie zur Ehebrecherin gemacht wird und wer etwa eine (solche ohne den Ausspruch von Hurerei) weg- und losgegebene geheirathet haben mag, der wird zum Ehebrecher gemacht.“

ist bei einer Unverehlichten nur πορνεία und bei der Verehlichten sowohl πορνεία als auch zugleich in specie μοιχεία. Jesu hat also von μοιχεία gesprochen, weil er von πορνεία einer Verehlichten gesprochen. Was macht nun aber Herr Paulus mit der Stelle? Er sagt S. 36. flgde: „Wie hat Jesu dem Manne allein noch die Privatlossagung, ohne Gericht zugelassen, und dies wegen Porneia? Kommt Hurerei in der Ehe vor, so ist sie — Moicheia — Ehebruch. Jesu kann die gesetzlich bestimmenden Worte nicht verwechselt, nicht Porneia gesagt und Moicheia gemeint haben.“ Hieran wird S. 37.*) die unten zu lesende Folgerung geknüpft. Sie bricht natürlich zusammen, wenn die Interpretation falsch ist, die in dem vorliegenden Zusammenhange πορνεία nicht für identisch mit μοιχεία gelten lässt und sie dafür um deswillen nicht gelten lässt, weil der Interpret unbeachtet gelassen, dass obschon ein specieller Begriff soll ausgedrückt werden, man dennoch, und zwar unbeschadet der Deutlichkeit ein den höheren Gattungsbegriff ausdrückendes Wort gebrauchen kann, sobald der Zusammenhang unabweisbar jenen specielleren Begriff diesem substituirt. Die Sache in grösster Kürze abzuthun: angenommen in einem lateinisch abgefassten Gesetze läsen wir: nemo divortium facito cum uxore, excepta fornicationis causa. Niemand, auch nicht Hr. Dr. Paulus würde diese Worte so verstehen: nur dann ist der Mann befugt auf Scheidung

*) „Die Auflösung ist: zu einer Zeit, wo an Gerichte über Scheidung der Ehen nicht gedacht wurde, war es der Natur der Sache gemäss, zu erklären: auch wenn das bisherige willkürliche Lossagen von der Ehegattin unter Christen nicht mehr zuzulassen ist, so ist doch dem Ehemann nicht zuzumuthen, dass er sich mit einer Frau für verbunden halten solle, von derer jetzt erst als Ehegatte erfährt, dass sie mit Andern schon zuvor in engster Geschlechtsverbindung heimlich gelebt hat. Der Grund, dass der Getäuschte sich alsdann selbst für nicht gebunden erklären durfte, ist klar: die Verheimlichende gehört jenem Andern! Und wenn sie sich wie eine freie Jungfrau freien liess, so muss der Mann frei beurtheilen dürfen, ob er ihrer Redlichkeit für die Zukunft dennoch vertraue. Gegen eine Solche, die einem Andern angehört, musste ihm noch die Lossagung, das Apolyein, zugestanden werden.“

anzutragen, wenn vor der Ehe die Frau sich einer andern Mannsperson ergeben hat. Jedenfalls würde Luther einen solchen Ausspruch von nichts anderm als Ehebruch der Frau verstehen. Folgender Umstand beweist dies. In Matth. 19, 9. hat Luther die griechischen Worte: *ὃς ἂν ἀπολύσῃ τὴν γυναῖκα, εἰ μὴ ἐπὶ πορνείᾳ* etc. übersetzt: „wer sich von seinem Weibe scheidet, es sei denn um der Hurerei willen etc.“ und zuverlässig, da er sich erinnern musste, wie seine Uebersetzung von 5, 32. lautete, dabei nicht an Unzucht **vor** der Ehe gedacht und weniger noch gewollt oder auch nur gedacht, dass hieran und nicht an Ehebruch ein Leser denken werde.

Somit lehrt uns die angezogene Stelle Folgendes:

Nach jüdischem Eherechte, wie Jesus dasselbe vorfand, hing es von dem Manne ab, die eheliche Verbindung nach Willkühr aufzuheben, jedoch lag dem Manne hierbei die Beobachtung einer Form ob, das Geben eines Scheidebriefes, einer Urkunde, wodurch die Geschiedene sich in ihrem neuen Verhältnisse und als lediggeworden legitimirte. Jesus aber erachtet die Ehe als eine unauflösliche Verbindung, keine Ausnahme als nur in dem Falle eines von dem Weibe verübten Ehebruches verstattend.

Der Grund für die Unauflösbarkeit der Ehe wird angegeben in Matth. 19. V. 3—9. „Da traten zu ihm die Pharisäer, versuchten ihn und sprachen zu ihm: Ist es auch recht, dass sich ein Mensch scheide von seinem Weibe, um irgend einer Ursache? Er antwortete aber und sprach zu ihnen: Habt ihr nicht gelesen, dass, der im Anfang den Menschen gemacht hat, der machte, dass ein Mann und Weib sein sollte; und sprach: Darum wird ein Mensch Vater und Mutter verlassen und an seinem Weibe hangen und werden die zwei Ein Fleisch sein. So sind sie nun nicht zwei, sondern Ein Fleisch. Was nun Gott zusammengefügt hat, das soll der Mensch nicht scheiden. Da sprachen sie: Warum hat denn Moses geboten, einen Scheidebrief zu geben und sich von ihr zu scheiden? Er sprach zu ihnen: Moses hat euch erlaubt zu scheiden von euren Weibern um eures Herzens

Härtigkeit wegen; von Anbeginn ist es aber nicht also gewesen. Ich sage aber euch: Wer sich von seinem Weibe scheidet (es sei denn um der Hurerei willen) und freiet eine andre, der bricht die Ehe. Und wer die Abgeschiedene freiet, der bricht auch die Ehe"*).

Was die schöpferische Allmacht zusammengefügt, das soll nicht trennbar sein nach menschlichem Willen. So viel leuchtet ein, der innerste wesentlichste Sinn des Ausspruchs beruht nicht auf der imperativen Form desselben; nicht darauf kam es den Sprechenden an, ein Verbot als solches auszusprechen. Denn in den Worten: ἔσονται οἱ δύο εἰς σάρκα μίαν (jam non sunt duo sed una caro) giebt er einen Grund des Verbotes an, an dem uns ohne weiteres klar wird, er soll von der Art sein, dass daraus das Verbot als aus einer über alle Fragen und Zweifel erhabenen Prämisse mit dergestalt unabänderlicher Nothwendigkeit folgt, dass das entgegengesetzte Verhältniss, eine auflösbare Ehe, Ehe auch Nichtehe, ein γαμος ἀγαμος, eine Widersinnigkeit wäre. Suchen wir weiter uns Rechenschaft darüber zu geben, was mit der communio, der identitas carnis gemeint sei, in Betracht welcher der Begriff einer auflösbaren Ehe ein in adjecto contradictorischer wäre. Da die körperliche Vereinigung der Geschlechter doch keine physische, keine materielle identitas carnis**) wird, so

*) Die Lutherische Bibelübersetzung ist hier von der Art, dass auch die Vergleichung derselben mit den Textworten zu keinen Erörterungen über ihre Genauigkeit Anlass giebt.

**) Ich gebrauche den lateinischen Ausdruck, weil dem entsprechenden deutschen leicht die Erinnerung an den brutalen Stumpfsinn sich associirt, von dem als ein Ehezweck expletio libidinis angeführt wird, während darin weiter nichts als eine naturgemässe physische Folge des Zusammenlebens zweier Personen verschiedenen Geschlechtes liegt. Himmelweit aber können und sind zum häufigsten Zwecke und Folge eines und desselben Dinges unter einander selbst verschieden. Der Naturforscher, der seiner Wissenschaft auf mühseligen Wanderungen nachgeht, wird einen geschärften Appetit zurückbringen. Er ist aber nicht ausgegangen ihn sich zu holen. Züchtiger, wenigstens im Ausdrucke, geben andere die Kindererziehung für einen Ehezweck aus. Nimmermehr aber kann für Zweck eines Institutes gelten, was in der wenigsten, die dabei betheiligt

kann die Vorstellung einer solchen in und mit der Ehe gegebenen Identität nur die symbolische Bezeichnung einer dem Physischgesonderten vergesellschafteten psychischen Vereinigung sein, die ihrem Begriffe nach auch nur Nichtphysisches zu vereinigen vermag, das, wie überall, so auch in der Ehe, das Geistige und das Leben des Geistes ist. Somit sagt das Evangelium: in der Ehe wird die gegenseitige Persönlichkeit der Gatten identificirt, woraus denn allerdings mit logischer Nothwendigkeit folgt, dass eine Sonderung dieser Identification ein Unding ist, denn aus Eins lässt sich nicht Zwei machen.

Dies Räsonnement halte ich für richtig, weil mir kein Zweifelsgrund gegen die Consequenz desselben absehbar ist. Darf ich nun zugleich überzeugt sein, ungeachtet der Richtigkeit des Räsonnements, werde es den Juristen seltsamer als seltsam dünken, in einer juristischen Abhandlung das Wesen der Ehe also aufgefasst zu sehen, so glaube ich dies Befremden als Beleg dafür ansehen zu dürfen, dass Eherecht und die christlich religiöse Ansicht der Ehe nichts mit einander zu schaffen haben, dass das Evangelium keine kanonische Satzungen über die Ehen in concreter Erscheinung, sondern die Idee der Ehe hat aussprechen wollen, die, unrealisirbar wie jede Idee, zwar Object des Strebens, aber nie ihres Gegenstandes sich bemächtigenden Strebens sein kann. Die Jurisprudenz, deren Gebiet abgeschlossen ist in der concreten Wirklichkeit und nur in der concreten Wirklichkeit erreichbare Zwecke kennt, hat nichts zu schaffen, kann nichts zu schaffen haben mit einer solchen Aufgabe, und würde in so fern ganz Recht haben es überspannt zu finden, für juristische Zwecke den Begriff der Ehe nach solchen Ansichten festgestellt zu sehen, käme es nicht darauf an, sich von der Idealität derselben zu überzeugen, damit die weitere Ueberzeugung gewonnen

sind, Absicht liegt; und bekanntlich findet Hume die Existenz einer die Erhaltung des Menschengeschlechtes unmittelbar bewachenden Vorsehung darin, dass zum Heirathen zumeist die grosse Masse derjenigen sich drängt, für welche die kinderreichen Ehen eine Calamität sind.

werde, um ihrer Idealität willen müsse die Jurisprudenz sie als eine gänzlich unpraktische fallen lassen *).

§. 5.

Die Stellung der Jurisprudenz in Beziehung auf rechtliche Ehescheidungsgründe.

Das am Schlusse von §. 4. gewonnene Resultat ist für das Eherecht ein rein negatives. Ein positives wird demselben weiter unten substituirt werden. Bei ersterem aber müssen wir noch länger verweilen, dies um deswillen, weil die nämliche menschliche Verkehrtheit, welche es zu verantworten hat, dass Voltaire noch wahrer als witzig sagen konnte: il y a des siècles que les hommes se sont égorgés au nom de l'amour éternel, fort und fort die ideelle, im Evangelium ausgesprochene Ansicht der Ehe in das Eherecht hat verpflanzen wollen, ohne dadurch etwas anderes erreichen zu können, als die Schöpferin aller der widerwärtigen Uebelstände unsers Eherechts zu werden.

Zu grösserer Befestigung obigen negativen Resultates hinsichtlich des Verhältnisses der eherechtlichen Jurisprudenz zu dem Evangelium einige Bemerkungen über die angezogene Schrift des Herrn Dr. Paulus. Denn mich dünkt, auf das schlagendste beweist diese Schrift, zu welchen unhaltbaren Annahmen man sich entschliessen muss, wenn man nicht ein für allemal den Gedanken aufgiebt, eine juristische Praxis nach Aussprüchen des Evangeliums zu normiren.

Auf S. 14. des gedachten Buches lesen wir das Untenstehende**). Unverkennbar ist Herr Dr. Paulus hier

*) Noch andere neutestamentliche hier einschlagende Stellen s. m. in der angezogenen Schrift des Herrn Dr. Paulus. S. 43. flgd. Sie werden, insoweit sie ein weiteres Resultat geben, im folgenden Paragraphen besprochen werden.

**) Denken wir uns einen selbstdenkenden, unbeschränkten, aber auf Gründe des öffentlichen Urtheils aufmerksamen Staatsregenten, welcher eine endliche (wenn gleich im Dogmatischen nie mögliche) Vereinigung der verschiedenen christlichen Kirchen auch wegen des gemeinschaftlichen Staatswohls zu beschleunigen trachtet

der Meinung, dass wenn in dem Evangelium stünde: weil der Mensch nicht scheiden soll, was Gott zusammengefügt, so sei es christlichen Richtern verboten auf Ehescheidung zu erkennen; da ihm aber diese Folgerung nicht zusagt, so sucht er zu beweisen, die Prämisse derselben stehe nicht im Evangelium. Nun ist aber nach Obigem sie wirklich darin enthalten — auf die nähere Würdigung dessen, was Herr Paulus dagegen einwendet, wird man weiter unten zurückkommen — und also zunächst über das Verhältniss des christlichen Richters zu den Geboten unsrer heiligen Schrift die kurze Bemerkung: dass wer die Sittengesetze des Evangeliums, namentlich die in Matth. 5., deren Tendenz in V. 48. also ausgesprochen ist: „darum sollt ihr vollkommen sein, gleich wie euer Vater im Himmel vollkommen ist," als bürger-

und dieses vorerst dogmatisch dadurch einzuleiten versucht, dass er jede Kirchenpartei durch Bevorzugung symbolisch gläubiger Lehrer und Vorgesetzter zur Gläubigkeit überhaupt und besonders zu ihrem altherkömmlichen, particulären Glaubensinhalt zurückführen zu lassen zugiebt. Denken wir, dass derselbe eben deswegen in bester Absicht auch die Ehescheidungsgesetze wieder dem älteren positiven Autoritätsglauben näher zu bringen unternimmt. Wie muss ihm aber wohl, so oft er Berathungen hierüber veranlasst, zu Muth sein, wenn Er, seine Kirchenübersetzung in der Hand, nichts anderes darin lesen kann, als was Luther, als Jesu Ausspruch, nach Matth. 5, 32. angiebt: „Ich aber sage euch: Wer sich von seinem Weibe scheidet, es sei denn um Ehebruch, der macht, dass sie die Ehe bricht, und wer eine Abgeschiedene freiet, der bricht die Ehe."

Ist denn hier nicht vor aller weiteren Berathung, für Christusverehrer wörtlich entschieden, dass

ohne wegen (erwiesenen) Ehebruchs keiner sich scheiden und

dass eine Abgeschiedene nicht von einem andern geheirathet werden dürfe, ja dass

im höchsten Falle nur dem Manne eine solche Scheidung von der Frau zugelassen werde — ?

Kommt zu diesen, doch von aller unserer christlich genannten Ehegesetzgebung weit abweichenden drei Punkten noch aus Matth. 19, 6. das Wort hinzu: „Was nun Gott zusammengefügt hat, das soll der Mensch nicht scheiden" so müsste ja wohl alles Berathschlagen ohne weiteres zum voraus für Christen von selbst sich auflösen? da Räthe und Richter Menschen zu sein nicht aufgeben können und doch, wie die Worte gewöhnlich gedeutet werden, der Mensch nicht scheiden soll.

liche Gesetze will gelten lassen, sichtlich verkennt, die Religion solle den Menschen zur Gottähnlichkeit emporheben, das Recht aber Zuständen wehren, in denen die Menschheit zu verwilderter Brutalität herabsinken würde, dass ferner zwei Ziele, von denen das eine in Süden, das andre in Norden liegt, sich nicht beide auf einem und demselben, sondern nur auf zwei Wegen erreichen lassen, von denen der eine nach dieser, der andre nach jener Himmelsgegend führt. Dies verkennend müsste man consequenter Weise dafür stimmen, alle Gerichtshöfe als unchristliche, gottlose Institute zu schliessen; denn wer Jesu, ebenfalls in Matth. 5. enthaltenes Gebot — m. s. V. 40. — „so Jemand mit dir rechten will und deinen Rock nehmen, dem lass auch den Mantel," in fromme Ausübung setzt, hat nicht nur nichts in Gerichtshöfen zu suchen, sondern muss sie auch als Institute verwerfen, die bereit sind auf unchristliche Anträge zu verfügen, der darf auch kein Vergehen gegen die Ehre des Mitbürgers bestrafen, da nach dem Evangelium, wer einen Schlag auf den einen Backen erlitten, den andern zu Erleidung gleicher Unbill darzureichen hat. Eine solche Consequenz ist von der Art, dass sie alle weitere Prüfung ihrer Voraussetzungen entbehrlich macht. Nun zu der Frage, welches Verständniss der Schriftworte Herr Dr. Paulus annimmt, um dem Christenthume gegenüber die christliche Möglichkeit der Scheidungsurthel zu retten.

1. Es soll, schon oben bemerktermaassen, das Evangelium nicht von Ehebruch der Frau, sondern unkeuschem Wandel vor der Verheirathung sprechen.

Das eben ist, wie vorstehend gezeigt worden, nicht der Fall, und wäre es der Fall, damit nichts gewonnen für die Zulässigkeit der Ehescheidungen. Die ganze Differenz liefe darauf hinaus, dass sogar auch wegen Ehebruch keine Scheidung statt finden dürfte, wohl aber erlaubt wäre, was wir heut zu Tage annullationem matrimonii ob defectum virginitatis nennen.

2. Grosses Gewicht — m. s. S. 25. und 26. — wird darauf gelegt, dass ἀπολύειν „weg — lösen" nicht ein

Lösen des Ehebandes durch Richter bedeute, und von der Privatlosmachung zu verstehen sei, nach welcher der jüdische Ehemann und dieser allein das Gewohnheitsrecht geübt habe, das Weib von sich weg zu schicken und loszumachen. Hieraus wird gefolgert, der Ausspruch verstatte keine Anwendung auf richterliche Ehescheidungen. M. s. S. 24.*)

Schwerlich aber lässt sich in Abrede stellen, dass wenn in unsern Tagen ein Mann auf Scheidung klagt und die Scheidung erfolgt, sein Privatwille die bewirkende Ursache ist, ohne welche die Scheidung nicht erfolgt wäre. Offenbar ändert hieran der richterliche Ausspruch nicht das mindeste, indem er erklärt, dieser Privatwille sei ein ausreichend begründeter, dem um deswillen das Weib sich zu fügen habe. Sicherlich wird dadurch die Scheidung nicht zu einer Scheidung von richterlichen Amtes wegen. Hätte nun in Eigenschaft eines bürgerlichen Gesetzes das Evangelium einen solchen Privatwillen verboten, so könnte es unmöglich in eben dieser Eigenschaft die Sanctionirung jenes Privatwillens durch den öffentlichen Willen der Staatsgewalt erlaubt haben.

Damit wird aber auch

3) die Bemerkung S. 51. und 52.**), nach wel-

*) „Jesus hat in den Stellen über Ehetrennung nur über und meist gegen willkürliche Privatscheidungen gesprochen, über Scheidungen durch unparteiische Richter aber gar keine Vorschrift gegeben.“

**) „Die einzige noch etwa übrige, exegetisch scheinende Einwendung möchte sein, dass nach Matth. 19. 6. Mark. 10, 9. dem Menschen überhaupt, also auch jedem Gesetzgeber und Richter, untersagt sein sollte, von einander zu entfernen (χωρίζειν) was Gott (durch die Schöpfung eines Menschenpaares) als zusammengepaart (conjugatum, unum ζεῦγος) erklärt habe. Wäre jene Deutung richtig, so müsste ohnehin alles Gesetzgeben und Richten über Ehetrennungen aufhören. Der Context aber zeigt das Richtige. Nächst vorher ist gesagt (19, 5.:) „Darum wird der Mensch (ἄνθρωπος) Vater und Mutter verlassen“ etc. Auch hier ist demnach der Mensch der Anthropos, welcher nicht das Gepaarte auflösen soll, der Mann, welcher sich die Frau so enge verbunden hat. Wo wir bei Matth. 19, 3. Anthropo lesen, da setzt Markus 10, 2. erklärend Andri. Um den Punkt, wie der Ehemann sich scheiden dürfe, dreht sich die ganze Frage. Auf einen Richter ist die Antwort Jesu nicht zu beziehen.

cher unter ἀνϑρωπος, als dem Subjecte, dem es verboten ist, das von Gott zusammengefügte zu scheiden, nicht der Mensch im Allgemeinen (also auch Gesetzgeber und Richter), sondern nur der Ehemann soll zu verstehen sein, jedenfalls unerheblich, sollte auch die, so viel mir bekannt dem Herrn Dr. Paulus eigenthümliche Interpretation, auf die ein unbefangener Leser schwerlich von selbst gerathen würde, die richtige sein. Denn der Mann, der, um von der Frau geschieden zu sein, seinen hierauf gerichteten Willen durch richterlichen Ausspruch muss legalisiren lassen, scheidet sich nicht mehr und nicht weniger von ihr als der jüdische Mann, der zu Legalisirung eben dieses Willens nur das ἀποστασιον zu geben hatte. Das wesentliche Ergebniss der vorstehenden Auseinandersetzungen ist Folgendes:

Von dem ideellen Standpunkte des Christenthums aus betrachtet, ist die Ehe an und für sich und als solche unauflösbar, hierin liegt jedoch keine Maassgabe für die Eherechtspraxis, dies um deswillen, weil überhaupt als Gegenstand der Rechtspraxis die menschlichen Verhältnisse keine ideelle Auffassung verstatten; zugleich lässt sich aus dem Justinianeischen Rechte, das die Ehescheidungen nicht nach den Worten der Schrift normirt, abnehmen, dass nur unter Hinzutritt ganz eigenthümlicher Einflüsse das Evangelium eine Norm für die Eherechtspraxis werden konnte.

§. 6.

Die Ehe ein Sacrament.

Was auf unsere Eherechtstheorieen allerdings einen so ganz eigenthümlichen Einfluss ausgeübt hat, dass man bei Betrachtung derselben unwillkührlich an den Aus-

Unabhängig also, aber nur um so mehr sachgemäss, dem einzelnen Fall jedesmal angemessen, nach dem Begriff und der Idee aber vernünftigfrei sollte die Gesetzgebung über das, was hier rechtlich (justum) sei, neugebildet und von dem Moralischen und Religiösen (von dem rectum), noch mehr aber von dem kirchlich Herkömmlichen wohl unterschieden werden.

spruch erinnert wird, „wo ein Begriff uns fehlt, da stellt ein Wort zu rechter Zeit sich ein," ist das der Ehe beigelegte Prädicat Sacrament. Wahrhaft wunderbar sind die Wirkungen dieses Wortes und hier kürzlich anzugeben. Ob ein Begriff sich mit dem Worte verbinden lasse, die Frage zu beantworten unterfange ich mich nicht. Wenige Bemerkungen werden genügen, dass zunächst diejenigen, welche der Antwort darauf glauben mächtig zu sein, sich in dem Falle erblicken sollten, selbst die Frage an sich und andre zu richten.

Nach Varro Lb. IV. de lingua lat. war sacramentum diejenige Geldsumme, mit welcher, wie bei Gajus Lb. IV. §. 13. sqq. zu ersehen, eine der fünf Legisactionen zusammenhing und die sacramentum mochte genannt werden von der Deposition in loco sacro, womit denn die anderweite Bedeutung von juramentum, ganz besonders aber juramentum militare zusammenhängt. Dieses Wortes nun hat sich die kirchliche Latinität bemächtigt. Wo in dem alten Testamente von etwas Geheimzuhaltenden, mehr noch aber, wo von etwas der Wissenschaft und Kunde des Menschen Entzogenem, nur der Gottheit oder doch nur göttlicher Begabung Offenbarem die Rede ist, bedient sich die Vulgata des griechischen Wortes mysterium, häufiger aber und als eines dem griechischen synonymen des Wortes sacramentum. Z. B. Nebukadnezar will, nachdem er selbst es vergessen, von den Weisen und Traumdeutern erfahren, was er geträumt und wir lesen erst (Dan. II. V. 27. und 28.) respondens Daniel coram rege ait: Mysterium, quod rex interrogat, sapientes, magi, arioli, et aruspices nequeunt indicare regi. Sed est Deus in coelo revelans mysteria etc. Weiterhin aber (IV. V. 6.) lesen wir: quoniam ego scio, quod spiritum sanctorum Deorum habeas in te, et omne sacramentum non est impossibile tibi, visiones somniorum meorum, quas vidi, et solutionem earum narra. Ferner (Sapient. c. II. V. 22. c. VI. V. 24.) nescierunt sacramenta Dei — non abscondam a vobis sacramenta Dei etc. Endlich Tob. cap. XII. V. 7. sacramentum regis abscondere bonum est, opera autem Dei revelare

et confiteri honorificum est. Da das Heilige nicht auf den Strassen ausgerufen wird, so begreift man, wie als Paronymie von Sacer hat sacramentum die Bedeutung von Geheimniss μυστηριον annehmen und sacramentum von Handlungen gebraucht werden, die dem Gläubigen Symbol der Vereinbarung mit dem Göttlichen und nicht nur Symbol derselben, sondern sogar ein Act sind, der auf geheimnissvolle, dem menschlichen Fassungsvermögen unbegreifliche, dem Glauben aber unumstösslich gewisse Weise jene Vereinbarung herstellt. So werden bereits von Kirchenvätern Taufe und Abendmahl Mysterien oder Sacramente genannt, obschon in der Schrift selbst weder Taufe noch Abendmahl sich also genannt finden. Welche Gewalt das Wort ausgeübt habe, ist sehr treffend ausgesprochen in Jac. Altingii Op. T. IV. cp. 11. pag. 21. a. b. und T. V. pag. 473. Nomen sacramenti latinum est, et ab Ecclesia solum latina usurpatum, a cujus communione postquam recessum est per reformationem, eadem applicatio in vernaculas quoque linguas et confessiones recepta est non sine aliqua multorum suspicione secretae alicujus in eapse voce energiae vel virtutis.

Wie es um den damit verbundenen Begriff stehe, möge der Leser entnehmen aus der unten abgedruckten Stelle der ganz vortrefflichen Exercitatio academica des Jos. Samuel Stryk de reliquiis sacramenti in matrimonialibus. (2te Ausgabe Halle 1706.) §. XX. pag. 18. und 19. *)

*) titubant ipsi pontificii et valde diversimode hac de re loquuntur, quorum alii ut Ockam Major et Richard. in 4. dist. 1. simpliciter negant definiri posse sacramentum, alii vero, ut Scotus (dist. 1. qu. 1. art. 2. Scotus dist. 1. qu. 2,) imperfectam tantum dari posse definitionem concedunt; alii denique cum Martino Ledesmio (Tr. de sacram. ingen. qu. 1. art. 2.) Sacramentum proprie definiri posse asserunt; imo et ipse Bellarminus (Tom. 3. lib. 1. cap. 10.) haesitat, et non nisi moraliter et suo tantum modo definiri posse Sacramentum fatetur. Et revera cum sacramentum in hoc significatu, quo a Theologis accipitur, nihil aliud sit, quam ens rationis, utique difficile erit, illud accurate definire. Dabimus tamen definitionem seu descriptionem po-

Die sacramentale Natur auch der Ehe wurde hauptsächlich aus des Paulus Briefe an die Epheser abgeleitet, und zwar aus V. 21. — 33, wo der Apostel die eheliche Verbindung des Mannes mit dem Weibe als analog der Verbindung Christi mit der Kirche und diese Verbindung als ein grosses Mysterium bezeichnet. (V. 32.) *το μυστηριον τουτο μεγα ἐστιν, ἐγω δε λεγω εἰς χριστον και εἰς την ἐκκλησιαν*, was die Vulgata übersetzt: Sacramentum hoc magnum est! ego autem dico in Christo et in ecclesia. Beachtungswerth bei dieser Stelle ist Folgendes:

1) aus ihr ersieht man ohne Weiteres, wie sie, obschon in ihr die Ehe nicht selbst als *μυστηριον* oder sacramentum prädicirt, sondern nur einem solchen verglichen wird, dennoch vortrefflich taugte, auch die Ehe den Sacramenten einzureihen, was der hierarchischen Gewalt unendlichen Vorschub that. Denn aus Begriffen, welche des innern logischen Gehaltes entbehren, lässt sich alles nur Mögliche folgern, woran es denn auch die Kirche nicht im mindesten hat fehlen lassen, die nach und nach so weit gegangen ist, auch die sogenannten sponsalia de praesenti für einen Act anzuerkennen, der in seiner Wirkung dem consummato matrimonio gleich zu stellen und darum auch für ein Sacrament zu erachten sei. M. s. c. 1. X. de spons.

Schon um deswillen verliert in jeglichem, was das kan. Recht über Untrennbarkeit des Ehebundes sagt, dasselbe allen Credit, weil es nicht einmal den Ehebruch als Scheidungsgrund gelten lässt und somit eine Praxis einführte, die mit unverkennbar schnöder Absichtlichkeit

tius, menti Theologorum congruam, quae haec est: Sacramenta sunt sacra, in oculos incurrentia signa ac sigilla invisibilis gratiae divinae a Deo instituta, annexam habentia promissionem gratiae. Aut juxta D. Tileman Heshusium (Examen. Theolog. loc. XIV.) Sacramentum est actio ab ipso Deo in N. T. instituta, annexa promissioni gratiae de gratuita remissione peccatorum, donanda propter Christum, ut eam nobis obsignet, et tanquam pignore confirmet, utque per hoc medium Deus in nobis sit efficax ad salutem et singulis applicet promissionem.

den ideellen Rigorismus des Evangeliums im Gebiete des Realen überbietet.

2) Aus gedachter Stelle ersieht man aber auch weiter, dass das Evangelium von seinem Standpunkte aus die Ehe allerdings für unauflöslich ansieht und es daher, um im Sinne des Evangeliums ihre Unauflöslichkeit zu behaupten, gar nicht nöthig gewesen wäre, das Wort Sacrament zu dem Träger eines Begriffes zu machen, dessen Bestandtheile, über menschlichen Begriff und Auffassung hinausgerückt, ihre Existenz nur durch den positiven christlichen Glauben erhalten.

3) Dass die ihrer Idee nach unauflösbare Ehe von dem Christenthume anerkannt wird, nicht aber einzig und allein aus den offenbarten Wahrheiten des Christenthums folgt, ist schon eben nachgewiesen worden. Dass endlich

4) der Apostel Paulus die Ueberzeugung von Unauflöslichkeit der Ehe zwar aus seinem religiösen Glauben schöpft und darum jedem, insoweit er diesen Glauben theilt, die nämliche Ueberzeugung zur Pflicht macht, keineswegs aber derselben in den bürgerlichen Verhältnissen erzwungene Geltung zu verschaffen gemeint ist, das erhellt deutlich aus dessen Brief I. an die Korinther VII. 10 — 15*), nach welcher Schriftstelle die Unauflösbarkeit der Ehe und die Unzulässigkeit bei

*) 10. Den Ehelichen aber gebiete nicht ich, sondern der Herr, dass das Weib sich nicht scheide von dem Mann; 11. So sie sich aber scheidet, dass sie ohne Ehe bleibe, oder sich mit dem Manne versöhne, und dass der Mann das Weib nicht von sich lasse. 12. Den andern aber sage ich, nicht der Herr: so ein Bruder ein ungläubiges Weib hat, und dieselbe lässt es ihr gefallen, bei ihm zu wohnen, der scheide sich nicht von ihr. 13. Und so ein Weib einen ungläubigen Mann hat, und er lässt es ihm gefallen, bei ihr zu wohnen, die scheide sich nicht von ihm. 14. Denn der ungläubige Mann ist geheiligt durch das Weib, und das ungläubige Weib wird geheiligt durch den Mann. Sonst wären eure Kinder unrein, nun aber sind sie heilig. 15. So aber der Ungläubige sich scheidet, so lass ihn sich scheiden. Es ist der Bruder oder die Schwester nicht gefangen in solchen Fällen.

Lebzeiten des andern Theiles sich anderweit zu verehlichen bedingt ist davon, dass im Geiste des Evangeliums **beide Theile** gemeinschaftlich von der Unauflösbarkeit des Ehebundes durchdrungen sind.

§. 7.

Die protestantischen Kirchenautoritäten in Betreff der Ehescheidungen.

Das der Ehe beigelegte Prädicat eines Sacramentes verwirft der protestantische Lehrbegriff. Es fragt sich also, wie die Reformatoren, welche, nachdem ihnen das Prädicat hinweggefallen, auch alle von den Kanonisten daraus gezogene Folgerungen für nichtig erachten mussten, über Auflösbarkeit der Ehe gedacht haben? Genügend für den vorliegenden Zweck wird es sein, bei den Aussprüchen **Luther's** und **Melanchthon's** stehen zu bleiben. Letzterer ist entschieden der Ansicht, dass das Evangelium **kein Codex** für das bürgerliche Eherecht, es einzig und allein Gewissenssache der Gatten sei, ob sie eines in dem röm. Rechte, das auch in dieser Beziehung dem Melanchthon als Gesetzbuch gilt, anerkannten Scheidungsgrundes sich zu Auflösung der ehelichen Verbindung bedienen wollen oder nicht, und dass ersteren Falles der Richter, gemäss dem röm. Rechte, auf Scheidung zu erkennen habe. Die untenstehend abgedruckten Worte aus **Melanchthon's** corp. doctrinae christianae werden zum Beleg dienen*). Obschon der Ein-

*) Cum textus Matth. XIX. tantum faciat mentionem adulterii, valde pugnant aliqui, non posse fieri divortia propter saevitiam et insidias vitae structas. Sed in codice lex Theodosii, quam existimo gravi deliberatione piorum scriptam, ut tunc usitata divortia restringeret ad certos casus, concedit divortium etiam in his casibus. Etsi autem aliqui **rejiciant hanc legem**, et **contendant eam ab evangelio dissentire: tamen hi non recte intelligunt discrimen legis et evangelii.** Et cum expresse dicat Dominus in politia Mosis divortia permissa esse propter duritiem cordum, significat aliam esse gubernationem hominum sanabilium, qui sunt membra ecclesiae, et volunt obtemperare evangelio: aliam politiam impiorum et contumacium, qui frenos legum pati nolunt. Si quis est igitur talis maritus, qui saevitiam in conjugem exercet, et admonitus a pastoribus non definit furere et domesticae ecclesiae invocationem

gang der Stelle nur von insidiis vitae structis spricht, ist darin doch ganz allgemein **das** Princip ausgesprochen: die vom römischen Gesetzgeber anerkannten Scheidungsgründe verlieren an ihrer Gültigkeit nichts dadurch, dass sie von den nur zu dem Gewissen sprechenden Vorschriften des Evangeliums abweichen. Demnach wäre es der Ansicht Melanchthon's conform in Folge **gegenseitigen** Uebereinkommens der Ehegatten zu scheiden (m. s. l. 9. C. de repud. V. 17.) und hierbei ist das Verzeichniss der Verbrechen, welche zu **einseitiger** Aufhebung der Ehe berechtigen sollen, so umfassend — m. s. l. 8. ibid. §. 2. und 3.*) — dass wenn ein unschuldiger

turbare, et uxorem ita crudeliter tractare, ut vita in periculo sit, hic certe magistratus politici imperio coercendus est, qui non solum vitam personae innocentis tueri debet, sed etiam debet ejus conscientiae consulere, ne fracta dolore et indignatione tandem abjiciat invocationem aut aliquid injuste faciat, ut dicitur: furor fit laesa sapica poenitentia. In eo casu in persona crudeli, non pertinente ad ecclesiam, magistrum politicum Theodosii lege uti posse videtur: imperia politica vult Deus honori esse bonis et terrori malis. Vult Deus tegi eos, quorum mores sunt sine scelere. Vult iis concedi pacem ad invocationem, ad educationem, ad institutionem sobolis. Vult latrones reprimi, sive domi, sive foris latrocinia exercent.

*) §. 2. Si qua igitur maritum suum adulterum, aut homicidam, vel veneficum, vel certe contra nostrum imperium aliquid molientem, vel falsitatis crimine condemnatum invenerit, si sepulcrorum dissolutorem, si sacris aedibus aliquid subtrahentem, si latronem, vel latronum susceptorem, vel abactorem, aut plagiarium, vel ad contemtum sui, domi suae ipsa inspiciente, cum impudicis mulieribus (quod maxime etiam castas exasperat) coetum ineuntem, si suae vitae veneno aut gladio aut alio simili modo insidiantem, si se verberibus, quae ingenuis aliena sunt, afficientem probaverit, tunc repudii auxilio uti necessariam ei permittimus libertatem, et causas discidii legibus comprobare.

§. 3. Vir quoque pari fine claudetur, nec licebit ei sine causis apertius designatis propriam repudiare iugalem, nec ullo modo expellat, nisi adulteram, vel veneficam, aut homicidam, aut plagiariam, aut sepulcrorum dissolutricem, aut ex sacris aedibus aliquid subtrahentem, aut latronum fautricem, aut extraneorum virorum, se ignorante vel nolente conviviis appetentem, aut ipso invito sine justa aut probabili causa foris scilicet pernoctantem, nisi circensibus vel theatralibus ludis vel arenarum spectaculis in ipsis locis, in quibus haec adsolent celebrari, se prohibente gaudentem, nisi sibi veneno, vel gla-

Gatte die Ehe mit dem verbrecherischen Theile fortsetzt, dies meistentheils nur sein eigner entweder von christlichen Gesinnungen oder andern subjectiven Bestimmungsgründen ihm eingegebener Entschluss sein könnte. Dies findet Melanchthon sogar nach seiner christlich ideellen Ansicht von der Ehe nöthig, denn er lässt diese fallen, sobald sie den Unschuldigen behindern würde, dem Rufe zum gottseligen Leben zu folgen und nicht verstattete durch Lehre und Beispiel die Kinder zur Gottseligkeit aufzuziehen. Luther scheint andrer Meinung zu sein als Melanchthon, ist es aber in der That nicht. In dem Tractate von Ehesachen (Wittenberg 1530 in 4to gedruckt durch Hans Lufft) handelt er in dem ersten Theile von Ehegelöbnissen, im andern „von Ehescheiden." Hier sagt er Bl. 32: wenn der eine Theil die Ehe gebrochen und wenn er sich nicht versöhnen wolle „was gar viel besser, möge er im Namen Gottes seines Rechtes brauchen." Dann geht er auf die späterhin so genannte malitiosa desertio über (von dieser weiter unten), und wirft hiernächst die Frage auf: „wie wenn der Mann oder das Weib gesteupt, oder des Landes verweiset wurde, Sol das andere auch mit odder bleiben und sich verendern?" (Bl. 32. b.) Hierauf folgt die Antwort also lautend: (Bl. 34.) „Solchen unfall sollen sie miteinander tragen und nicht darumb von einander sich scheiden. Denn gleich wie sie ein Leib sind worden, so mussen sie auch gleich ein Leib bleiben, Es kome ehre odder schande, gut odder armut, Denn also lesen wir Matth. XVIII. das der knecht, so seinem Herrn zehn tausend pfund schuldig war, nicht allein für seine person, sondern auch das weib und kinder sollten verkaufft werden etc. Also müsste ein weib des mannes, beide geniessen und entgelten. Es sind noch viel mehr felle, als, wo man gifft odder mord besorget, Item, wo ein weib zu stelen odder zu schend-

dio aut alio simili modo insidiatricem, vel contra nostrum imperium aliquid machinantibus consciam, seu falsitatis se crimini immiscentem invenerit, aut manus audaces sibi probaverit ingerentem; tunc enim necessariam ei discedendi permittimus facultatem, et causas discidii legibus comprobare.

licher Unzucht gezwungen würde von dem manne. Aber da konnen Oberkeit und vernünftige leute wol innen raten, Denn man kan niemand zur sunden zwingen, So mus ein gemahl seine fahr wagen, des giffts odder mords halben, sonderlich wo es heimlich furgenommen wird, Offenberlichem furnemen kan die Oberkeit odder freunde steuren und wehren." Nicht zu leugnen ist es, dass hier Luther kein Verbrechen als triftigen Scheidungsgrund anerkennt. Allein sehr Unrecht thäte man ihm, glaubte man, für unchristlich habe er es gehalten den unschuldigen Theil zu erlösen, dem sein Christenthum nicht die Kraft verleiht, in der Hölle von Ehe mit einem verworfenen, sünden- und lastervollen Gatten auszuhalten. Die angezogene Schrift Luther's ist an zwei nicht genannte Pfarrherrn gerichtet und einzig und allein seine Absicht diese, ihnen zu eröffnen, was er als Gewissensrath über Ehe, Verlöbnisse und Scheidungen denke, ausdrücklich protestirt er gegen die Annahme, seine Aussprüche sollten als Zwangsnorm aufgestellt, „den kaiserlichen Rechten" und was diese in gedachten Beziehungen verordnen, das Evangelium als bürgerliches Gesetz substituirt werden. Der untenstehende wörtliche Auszug aus dem Eingange der Schrift wird hoffentlich von der Wahrheit meiner Behauptung überzeugen*). Noch mehr: man

*) Bl. und 2. Ihr seids nicht alleine, lieben Herrn, welche mit den Ehesachen viel mühe haben, Es gehet den andern auch also. So habe ich selbs auch alle plage damit, Ich were mich fast, ruffe und schreie, man solle solche sachen der weltlichen oberkeit lassen. Denn wir sollen ja diener Christi sein, das ist, mit dem Evangelio und gewissen umbgehen, damit wir auch übrig genug zu thun hetten, widder teuffel, welt und fleisch. Es kann ja niemand leucken, das die ehe ein ausserlich weltlich ding ist, wie kleider und speise, haus und hoff, weltlicher oberkeit unterworfen, wie das beweisen, so viel kaiserliche rechte daruber gestellet. So finde ich auch kein Exempel ym Newen Testament, das sich Christus odder die Apostel hetten solcher sachen angenommen, ausgenommen, wo es die gewissen beruret hat, als S. Paulus 1. Corinth. 7. Und sonderlich, wo es die ungleubigen und unchristen betrifft, Denn unter den Christen oder gleubigen ist yn solchen und allen sachen leichtlich zu handeln. Aber mit den

erwäge, was Luther über Ehemänner sagt, die ihre Weiber böslich verlassen. Ein Scheidegrund soll es sein, wenn der Ehemann nicht in Geschäften, sondern lüderlichen Umtreibens halber, sich auf ein Jahr, oder auch nur ein halbes Jahr von der Frau entfernt, obschon er wieder zurückzukehren beabsichtiget und wirklich zurückkehrt. Von einem solchen Scheidungsgrunde — wir haben daraus die malitiosa desertio und unsern Desertions endlich auch Quasidesertionsprocess gemacht — weiss das Evangelium nichts, eben so wenig trägt Luther ihn in das Evangelium hinein. Dessenungeachtet aber ver-

unchristen, der die welt vol ist, kan niemand hinder sich noch fur sich, wo nicht das weltlich schwerd die scherffe braucht, Und was hilffts, das wir Christen wolten viel gesetz und urtell stellen, so uns die welt nicht unterthan ist, und wir keine gewalt uber sie haben? Darumb will ich schlechts mit solchen sachen unverworren sein etc. . . . Denn wo wir beginnen richter ynn ehesachen zu werden, so hat uns das kamprat bey dem ermel ergriffen, und wird uns fort reissen, das wir mussen uber die straffe richten. Sollen wir uber die straffe richten, so mussen wir auch uber Leib und gut richten. Da sind wir denn hinuntern unter das rat und ersoffen ym Wasser des weltlichen Handels etc. . . . Aber weil ihr so hart anhaltet, das ihr nicht allein fur euch und ewer ampt unterricht von von mir foddert, und eben mich fragt, was ich thun wollt fur meine Person, wenn ich zu rat gebeten wurde, sonderlich weil sich ewer oberherrn beschweren ym gewissen, nach den geistlichen odder Bapsts rechten zu sprechen, als die ynn solchen fellen fehrlich und oft widder alle billigkeit, vernunft und recht streben, Und doch keiserliche recht hierinn darnidder liegen, wil ich euch meine meinung nich verhalten, Doch mit der Bedingung (welches ich hiermit euch und jedermann gar deudlich wil zuvorgesagt haben) das ich solchs wil thun, nicht als ein rechtsprecher, official odder regent, sondern rats weise, wie ichs ym gewissen wolt guten Freunden ynn sonderheit zu Dienst thun, Also, dass wer solchem meinem rat folgen wil, das der es thu auff sein abentheur, Denn wo ers nicht weis hinaus zu fuhren, darff er bei mir nicht schütz noch schirm suchen, odder mir das klagen, Denn ich keins regiments oder nichts zwangs mich hiemit unterwinden wil, Und wie ich keinen habe, so will ich auch keinen haben. Regiere wer da sol odder wil, Ich wil die gewissen berichten und trosten, so viel ich raten kan, Wer folgen wil odder kan, der thues, Wer nicht wil odder kan, der lasses, So habe ichs bisher gehalten, so wil ichs auch fortan halten.

stattet, ja verlangt er in solchen Fällen die Scheidung, vorausgesetzt nur, die Frau hat nichts unversucht gelassen, den Fortgelaufenen zur Rückkehr zu bewegen. Sichtlich eifert Luther um deswillen so, weil ihm Beispiele vorgekommen waren, wie in solcher Weise Ehemänner dem Eheweibe auf empörende Weise „Eitel Leid und Schaden thun und eitel Nutz und Guts dafür genommen". Man lese auch diese Stelle (S. 33. und 34b*) und man wird sich überzeugen, dass wie Luther hier in Folge der Vorstellung, die er mit der Ehe verband, einen Scheidungsgrund statuirt, dessen das Evangelium nicht erwähnt, er auch noch andre würde statuirt haben, daferne, nach dem, was er selbst erlebt, ihm eben andre Fälle vorgeschwebt hätten, in denen ein unschuldiger Gatte zu dem schuldigen in ein nicht minder empörendes Missverhältniss gerathen wäre.

*) Aber wenns ein solcher bube ist, der ich viel diese zeit hergefunden, der ein weib nimpt, und eine zeitlang bei yhr bleibt, zeret und lebt wol, darnach on yhren wissen und willen, heimlich und meuchlinges weg leufft, lesst sie schwanger odder mit kindern sitzen, Schickt yhr nichts, schreibt yhr nichts, entbeut yhr nichts, leufft seiner buberei nach, Kompt darnach uber ein, zwey, drey, vier, funf, sechs jahr widder, und verlesst sich darauff, sie müsse yhn widder annemen, wenn er kompt, und die Stat und Haus stehe ihm offen: Hie were es zeit und not, das die oberkeit ein strenge gebot liesse ausgehen und hart daruber hielte, Und wo ein bube sich solchs stücks und tücks würde unterwinden, das yhm das land verboten, und wo er dermal eins ergriffen würde, das yhm sein lohn, wie einem buben gebührt, gegeben würde, Denn solcher bube hat seinen spott, beide an der Ehe und am stad recht, Er helt sein weib nicht für sein Eheweib, noch kind für kind, Denn er entzeucht yhn schüldige pflicht, narung, dienst, versorgung etc. widder yhren wissen und willen. Und strebt widder die natur und art der Ehe, welche heisst und ist ein solch leben und stand, das man und weib zusammen gefugt, bei einander bleiben, wonen, leben sollen bis yun den tod, wie auch die weltlichen rechte sagen, Individuam consuetudinem vitae etc. und on beider bewilligung odder unvermeidliche not nicht sollen von einander sein noch leben. Uber das so entzeucht er als ein abtrünniger, ungehorsamer, der oberkeit und nachbarschafft, seinen leib und dienst, so er geschworen hat, braucht also, als ein dieb und reuber der Stad, des weibs, hauses und gutes, wenn er gelauffen kompt, und niemand sol noch kan sein gebrauchen, Ich wolt keinen buben lieber hencken oder köpfen lassen, denn solchen buben, Und solt ich, odder hette zeit solchen buben zu malen oder aus-

Zweifelsohne liefern die gegenwärtig mitgetheilten Aussprüche Luther's und Melanchthon's den ausreichenden Beweis, beide waren überzeugt, keine Norm für Scheidungserkenntnisse sei in dem Evangelium enthalten und unbenommen habe dieses der bürgerlichen Gesetzgebung gelassen, in dieser Hinsicht nach eigenem Ermessen zu verfahren, es hat auch Luther nach seiner, jedoch von ihm selbst schlechterdings nur als eine subjective, keineswegs aber als eine Maass gebende bezeichneten Ansicht, sich für einen nicht in dem Evangelium anerkannten Scheidungsgrund entschieden, für die Scheidung nämlich wegen malitiosa desertio.

Aus missverstandener Gewissenhaftigkeit, die Luthern zu einer höchsten Rechtsautorität machte, ungeachtet seiner hiergegen gerichteten ausdrücklichen Protestation, ist es nach alle dem geschehen, dass in die protestantische, auf das Eherecht sich beziehende Gesetzgebung die Meinung Luther's unverändert im Wesentlichen übertragen ward. Denn es verbreitet die Kirchenverordnung vom 1sten Jan. 1580. sich gar nicht über die Ehescheidungsgründe, sondern schleudert in dem Abschnitte von Ehesachen (C. A. I. 541. flgde) die härtesten Strafen gegen ehebrecherische Gatten und solche, die einander böslich verlassen. Die ergrimmte Strenge, womit letztere verfolgt werden und die gegen den schuldigen Theil zu ergreifenden Maassregeln liefern eine ziemlich genaue Copie der vorstehend mitgetheilten Aussprüche Luther's *).

zustreichen, So wolt ichs wol klar machen, das kein Ehebrecher yhm zuuergleichen sein solt, Darumb habe ich geraten, und rate noch (wo mans anders thun wil) Wenn ynn einem dorff odder Stad ein solcher bube ist, der ein Jar odder ein halbes ist dermaassen weggewest, das der Pfarrherr odder Obrigkeit dem Weibe rate und helfe den buben zu suchen, wo sie kann und sich zu finden versichert, und fordern auf bestimpte zeit, kompt er nicht, dass man an die Kirchen odder Rathhaus öffentlich anschlage und foddern ihn also auf öffentlich dazu mit Bedrovung man wolle ihn ausschliessen und das Weyb freisprechen. Kömpt er alsdann nicht, so soll er nimmer mehr kommen.

*) Würde der Ehemann von seinem Weibe, oder hinwiederumb das Weib von ihrem Ehemanne muthwillig lauffen, und eins das andre

Unmittelbar hieran schliesst sich die nicht aus Luther genommene eben so lächerliche als entsetzliche Vorschrift: „Würden auch zwei Eheleute sich selbst von einander sondern, ungeachtet dass sie gleich nicht ausserhalb Landes gewichen und sie wollten sich beiderseits nicht wieder versühnen lassen, So sollen sie beide, oder das eine Theil, so unversühnlich, mit Gefängniss so lange gestrafft werden, biss sie einander, wie sich gebühret, ehelich beiwohnen.“

Somit war Luther's religiöse Ueberzeugung von der Unauflösbarkeit der Ehe bei weitem mehr als vollständig in die Gesetzgebung übertragen und von der protestantischen Gesetzgebung Luther's religiöse Ansicht eben so an Strenge überboten worden, wie früher in eben dieser Beziehung das kanonische Recht, das sogar den Ehebruch nur als Grund zur Scheidung von Tisch und Bette gelten lässt, die Aussprüche des Heilands und der Apostel überboten hatte.

§. 8.

Die älteren protestantischen Rechtslehrer.

Dass den sächs. juristischen Autoritäten, welche nach Erscheinen der Kirchenordnung die bedeutendsten waren, nicht jene gesunden Einsichten beiwohnten, die wenigstens einigermaassen den Rigorismus des Gesetzes durch eine mildernde Praxis hätten zurechtweisen können, dies vollständig zu beweisen, braucht man nur daran zu erinnern, dass Carpzov, „ein mit schweren Vorurtheilen behafteter Carpzov“ (Hommel Rhaps. Vol. VI. obs. 758) an der Spitze jener Autoritäten steht. Sein orthodoxer Protestantismus verstattete nicht, die Ehe ein Sacrament zu nennen, verfehlte aber auch nicht, in dem er sie

eine Zeitlang sitzen lassen, und auf vorgehende öffentliche Citation sich nicht wieder einstellen, so soll das verbrechende Theil, zu welcher Zeit es hernach in unsern Landen betreten würde, mit Staupenschlägen des Landes ewig verwiesen werden; es wäre denn, dass es wieder zur Versühnung beider Eheleute gereichete, und auf den Fall soll nichts destoweniger das schuldige Theil mit Gefängniss willkührlich gestraffet werden.

den causis spiritualibus seu ecclesiasticis beizählte, dieselbe zu einem Mysterium zu machen, der Ehe, obschon vom Gebrauche des Wortes Sacrament sich enthaltend, dennoch der Sache nach die von dem katholischen Kirchenrechte ihr beigelegte sacramentale Natur zuzuschreiben und daraus weder anders noch besser zu concludiren als die Kanonisten. M. s. z. B. in seiner Jurispr. eccl. lb. 2. def. 21. num. 7. und 8. die Worte: . . . matrimonium non est contractus tantummodo civilis sed res conscientiae et tale negotium, cui character spiritualis est impressus, quippe foedus matrimonii sanctissimum non tam a contrahentium consensu, quam Dei auctoritate et voluntate dependet, estque hinc matrimonium de causis spiritualibus sive ecclesiasticis, de quibus vere ait Pontifex, ea quae spiritualia sunt et conscientiam concernunt facilius construantur quam destruantur. Um diesen Schluss und die Vordersätze zu belegen, allegirt er cp. 9. X. de haereticis, wo die Ehe ein Sacrament genannt wird, während die katholischen Rechtslehrer, wenn sie von dem in ihrer Kirche angenommenen Begriff der Ehe als eines Sacramentes abstrahiren (m. s. Sauter fundam. jur. eccles. Catholicor. Vol. II. §. 698. pag. 208. Ed. III.) sie so definiren, wie auch das vorchristliche römische Recht sie definirt, nämlich: „matrimonium est conjunctio maris et feminae individuam" — nicht indivisibilem — „vitae consuetudinem continens", woraus denn mit unstreitig grösster Evidenz folgt, dass eine entschiedene Verwirrung der Begriffe dazu gehörte, auf der einen Seite als orthodoxer Protestant die Ehe aus der Zahl der Sacramente zu streichen, andrerseits darin ein spirituale quid anzunehmen; obschon Luther selbst sie ein „eitel weltlich Ding" genannt hatte. Dass die kirchliche Trauung dagegen nicht in Betracht kommt, leuchtet ein, denn bekanntlich ist diese kein primitives Institut der christlichen Kirche, und wer dessenungeachtet behaupten wollte, durch die Trauung werde die Ehe ein spirituale quid, müsste consequenterweise sich auch zu der absurden Behauptung verstehen, unter den ersten Bekennern des

Christenthums habe es keine christlichen Ehen gegeben. Des weiteren nachzuweisen, wie Carpzov's eherechtliche Ansichten überall die des crassesten Papstthumes sind, das scheint entbehrlich; denn wer das Bedürfniss empfinden sollte, sich hiervon mit Mehreren zu überzeugen, der lese die gedachte Stryk'sche Exercitatio, deren Verfasser mit grösster Gründlichkeit nachgewiesen hat, nicht mit Unrecht nenne er jenen berühmten Rechtsgelehrten einen Carpzovium papizzantem. In gleicher Verdammniss wandelte die grosse Mehrzahl älterer Juristen; so z. B. lesen wir bei Finkelthaus (de jure patronatus cp. 4. num. 16.): licet matrimonium sacramentum esse negetur, causae tamen matrimoniales quantum ad institutionem et mysterium ecclesiae sunt spirituales. Dass bei so gestalteter Lage der Dinge an keine Ehescheidung wegen von dem einen der Gatten begangenen Verbrechen zu denken war, ergiebt sich von selbst. Sogar in dem Falle, wo die allerschwerstverbrecherische Absicht sich gegen den andern Gatten selbst gerichtet hatte, sogar bei den insidiis vitae structis will Carpzov (Jurispr. consist. def. 217. No. 2.) nur separationem a toro et mensa gestatten, welche Meinung auch andre bei Böhmer am a. O. S. 361. citirte Rechtslehrer theilten. Obschon nun das Formidable einer solchen Praxis nach und nach einleuchten musste, hat dennoch kein älterer Jurist gewagt, Verbrechen an sich als einen Scheidungsgrund anzuerkennen, sondern nur indirect und in den Fällen, wo das Verbrechen mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe zu verbüssen war, entschloss man sich für die Scheidung zu stimmen, denn solchenfalls half die weiter unten — m. s. §. 9. — gewürdigte Analogie mit der malitiosa desertio aus. M. s. Böhmer am a. O. S. 374. Leyser spec. 316. med. 8. Schott Einleitung in das Eherecht §. 222. S. 329. Jedoch selbst in Dabelov's Grundsätzen des allgemeinen Eherechts, einer im Jahre 1792 erschienenen Schrift, wird die Zulässigkeit eines solchen Scheidungsgrundes als Zweifeln unterworfen aufgeführt. Dass schon der geistreiche Hommel — m. s. Tom. VI. der Rhapsodien obs. 258 —

diese Zweifel nicht theilte, das versteht sich von selbst, auch versteht es sich, dass Hommel nicht bemüht war, durch Berufung auf jene Analogie den Schein zu retten, als verfahre er in dem Geiste Carpzov's. Ganz andrer Meinung war noch 1768 der Küsterische Deyling — Jurispr. pastor. P. III. cp. VII. §. XXXII. p. 621 — der, obschon er Unrecht hatte, lebenslängliche Freiheitsstrafe überhaupt und ohne Unterschied des Verbrechens, um des willen sie den schuldigen Gatten trifft, für keinen Scheidungsgrund gelten zu lassen, doch insoweit Recht hatte, als er erklärte, dass der angenommene Grund dieser Praxis, die vermeintliche Analogie zwischen lebenslänglicher Strafhaft und malitiosa desertio nicht stichhaltig sei. *)

§. 9.

Der Königl. S. Länder Eherechtspraxis in Beziehung auf Verbrechen als Scheidungsgrund.

Während die Kirchenordnung starr und steif darüber hielt, nur neutestamentliche**) Scheidungsgründe gelten zu lassen, auch, obgezeigtermaassen, bis in die neunziger Jahre herab die Jurisprudenz keine Anstalt traf, jenem Gesetze heilsame Gewalt anzuthun, vielmehr gewissenhaft in des unerleuchteten Carpzov Fussstapfen wandelte, fühlten schon 1751 — in Vergleich mit den juristischen Autoritäten also sehr zeitig — die sächs. Behörden das Bedürfniss um Verbrechen willen zu scheiden und zwar regte zu allererst das Gefühl dieses Bedürfnisses sich in der höchsten Behörde. Merkwürdig bleibt die Schüchternheit, womit man hierbei zu Werke

*) Malitiosa desertio non est quaelibet conjugis absentia, quamvis diuturna sit; sed requiritur, ut quis a conjuge absit sine causa malitiosa, et ea invisa, nec animum revertendi et cohabitandi habeat. Unde apparet, facinorosum ad perpetua vincula et operas publicas damnatum, pro hujusmodi malitioso desertore haberi et uxori ejus novas nuptias concedi non posse. Dici enim nequit, hujusmodi hominem uxorem suam malitiose deseruisse, vel cohabitationem ei denegare, quippe quae a voluntate delinquentis non pendet.

**) Die malitiosa desertio war in das neue Testament hineingetragen. Luther hatte sie für einen Scheidungsgrund angesehen, den er jedoch nicht aus dem Evangelium deducirte. *M.* s. o. S. 289.

ging. Es gewänne den Anschein, man habe geglaubt, über die Art und Weise, wie zum Ziele zu gelangen sei, die untergebenen Behörden, das juristische und das theologische Publikum täuschen zu müssen, wäre nicht den Umständen nach vielmehr anzunehmen, festhaltend an den evangelischen Aussprüchen über die Untrennbarkeit der Ehe und dem Votum Luther's, habe man zu Beschwichtigung des eignen Gewissens, sich unbewusst der willkommenen, wo nicht geflissentlich hervorgerufenen Selbsttäuschung hingegeben, man bleibe der Absicht des Evangeliums, wie man nun diese einmal aufgefasst hatte, treu, obschon dass man der von dem Vorurtheile angenommenen Absicht desselben schnurstracks entgegenhandle, nur einer Betrachtung entgehen konnte, die von anderweiten Vorurtheilen befangen war.

Ein Ehemann und Accisofficiant war wegen Veruntreuung von Accisgeldern zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe verurtheilt worden. Als das Oberconsistorium dem desfalls von der unschuldigen Ehefrau erhobenen Scheidungsgesuche statt zu geben Bedenken getragen und deshalb die Klägerin Beschwerde geführt hatte, ordnete ein Rescript vom 25. Febr. 1751. (C. A. C. III. Th. 1. S. 159.) die Scheidung an; jedoch nur pro hac causa, denn mit einem Principe, das in gleichen und ähnlichen Fällen zur Consequenz hätte können gezogen werden, trat man nicht heraus. Man bemerkte nämlich zwar, nicht unbillig sei lebenslängliche Zuchthausstrafe der böslichen Verlassung gleich zu stellen, jedoch nicht als ausgesprochene Regel lies sich diese Bemerkung ansehen, da man hinzusetzt: „auch lägen in der vorliegenden Sache ganz besondere Umstände vor." Unverkennbar rührt dieser Zusatz einzig und allein daher, dass man nicht als Princip etabliren wollte, was die erste geistliche Behörde als Princip reprobirt hatte. Denn warum hätte man nach besonderen Umständen aussehen sollen, wäre man gemeint gewesen lebenslängliches Zuchthaus und bösliche Verlassung einander gleich zu stellen; und schlugen besondere Umstände durch (wo und worin dieselben liegen sollen, ist in dem Rescripte eben so

wenig gesagt, als es sich errathen lässt), wozu bedurfte es dann jener Gleichstellung, für welche das Beiwort nicht unbillige keine zweifelsfreie Beistimmung in Anspruch nimmt.

In nurgedachter Beziehung werde gleich hier bemerkt, dass das gerichtsbräuchliche Herkommen zu sagen: Freiheits strafe von einer gewissen längern Dauer gilt in Ehescheidungssachen statt malitiosa desertio, zwar durch sich selbst und in seiner Qualität als usus tyrannus vor der Verlegenheit gesichert ist, die entstehen müsste, sollte diese Wirkung der Freiheitsstrafe gerechtfertigt werden, schwerlich jedoch das Bedenkliche einer solchen Analogie denjenigen sächs. Juristen entgangen ist, denen sie zum erstenmale helfen musste mit den Ehescheidungen weiter zu kommen, als die Kirchenordnung, als das allgemein verbreitete kirchliche und juristische Vorurtheil verstatteten. Ein bösliches Verlassen des andern Gatten, das als Verbrechen mit Staupenschlag und ewiger Landesverweisung bedroht ist, lässt unmöglich sich dann annehmen, wenn in Folge irgend einer ganz andern verbrecherischen Handlung Zuchthausstrafe das eheliche Zusammenleben aufhebt. Hätte der schuldige Theil gewusst, es werde ihn treffen was nothwendig auch dies Zusammenleben aufhebt, so wäre das Verbrechen unterblieben, das nur um deswillen begangen ward, weil in dem Thäter, der vielleicht unsträflich geblieben wäre, hätte er nicht die That als das Mittel betrachtet sich und seinem Weibe ein erfreulicheres eheliches Zusammenleben zu sichern, die Hoffnung unentdeckt zu bleiben und die subjective Ueberzeugung obgewaltet hätte, er werde seine Schuld verheimlichen können. Ist nun aber die Annahme einer Analogie zwischen malitiosa desertio und lebenslänglicher Detention eine unnatürliche, offenbar erzwungene und fragt man sich, wodurch die Verfasser des Rescriptes sind bestimmt worden jene Analogie zum Deus ex machina der Scheidung zu machen, so gewinnt man die vollkommen befriedigende Antwort, indem man an sich selbst die Frage richtet, warum wir ein so willkührliches Verfahren billigen, loben, höchlich da-

von erfreut sind. Niemand wird auf letztere Frage anders zu antworten vermögen, als also: die Ehe, die Vergesellschaftung des gesammten Lebens eines Mannes und Weibes ist zerstört, sobald ein Theil lebenslänglich in dem Zuchthaus sitzt. Auch der Richter, der menschlich fühlt und denkt, muss dies anerkennen. Er spricht also in der That Recht, wenn er durch ein Scheidungsurthel diesem Anerkenntnisse bürgerliche Geltung verschafft; denn ganz gewiss ist es Rechtens, dass ein zerstörtes Rechtsverhältniss nicht fortdauernd verpflichtende Wirkungen erzeuge. Diese Theorie hat man nicht ausgesprochen, ist sich derselben bei Abfassung des Rescripts wahrscheinlich gar nicht bewusst gewesen, allein sie ist der einzige Grund, aus dem wir eingestehen müssen, das Rescript entspreche dem Rechtsbedürfnisse und darum ist sie zweifelsohne auch eine unumstösslich wahre Theorie. Weniger beengt von langherkömmlichen Vorurtheilen, würde man sich hierüber klar geworden und solchenfalls veranlasst gewesen sein, diese Theorie weiter auszubilden und zu fragen, unter welchen Voraussetzungen einerseits das gleiche Zerstörtsein der Ehe anzunehmen, andrerseits ungeachtet der Aufhebung des ehelichen Zusammenlebens, dennoch die Ehe unzerstört sei. Die weitere geschichtliche Darlegung der vaterländischen Ehepraxis, zu der wir jetzt uns zurückwenden, wird den merkwürdigen Beweis liefern, dass sie in diesem Sinne sich weiter ausgebildet hat, jedoch fort und fort ohne den theoretischen Grund auszusprechen, dessen sie sich nie hat klar bewusst werden wollen.

Im Geiste Carpzov's verfahrend erhob das Oberconsistorium Widerspruch gegen das Rescript. Allein höchsten Ortes lies man es bei diesem bewenden*), erklärte aber, unverkennbar anderweit von der Maxime bestimmt, kein Princip zu etabliren, woran die herkömmlichen Ansichten Aergerniss nehmen könnten, dass wegen Entscheidung künftiger dergleichen Fälle jedes-

*) v. Weber, system. Darstellung des im K. R. Sachsen geltenden Kirchenrechts Th. II. Abschn. 3. S. 1271.

mal auf Anfragen des Oberconsistoriums Resolution solle ertheilt werden.

Allein erst im Jahre 1790*) erfolgte eine solche Anfrage, nachdem bereits in einem Berichte von 1787 auch das Oberconsistorium anerkannt hatte, rechtmässig sei in solchen Fällen die Scheidung. Die Anfrage vom Jahre 1790 hatte folgende Veranlassung: Eine Ehefrau**) klagte auf Scheidung gegen den Ehemann, dem vierjährige Zuchthausstrafe und nach Verbüssung derselben Detention bis zu Ausführung der Unschuld zuerkannt war. Zu bemerken ist, dass der Beklagte, ein Landmann, sich des Todtschlags eines Knechtes beschuldigt fand, mit dem er über gewisse Dienstleistungen in Streit gerathen. Hier fand man die Scheidung höchsten Orts bedenklich, weil man nicht im Voraus mit voller Gewissheit sagen konnte, die erkannte Detention werde von lebenslänglicher Dauer und darum auf des Beschuldigten Lebenszeit das eheliche Verhältniss factisch aufgehoben sein. Demgemäss wurde von der Landesregierung und den Facultäten gutachtlicher Bericht erfordert „über die Ausdehnung der Scheidungsursachen und die Statthaftigkeit des vorliegenden Scheidungsgesuches im Besonderen."

Als ein Argument, das für des letzteren Statthaftigkeit sprechen könne, hob man, ohne jedoch desfalls eine bestimmte Ueberzeugung zu äussern, den Umstand hervor, dass der Mann wegen eines Todtschlags zu detiniren und also nach der Rückkehr Lebensgefahr für die Frau zu besorgen sei. Auch diese Aeusserung ist höchst bemerkenswerth. Dem Deus ex machina, der Analogie zwischen malitiosa desertio und lebenslänglichem Zuchthause vertraute man so wenig, dass man sie bei der Detention bis zur Ausführung der Unschuld fallen liess, obschon der Wirkung nach dieselbe nur in den seltensten Ausnahmefällen von lebenslänglicher Zuchthausstrafe konnte unterschieden sein. Versuchte man nun aber eine denkbare Möglichkeit der Scheidung in

*) v. Weber a. a. O. S. 1272.

**) Lägelin c. maritum.

der Lebensgefahr zu finden, in welche ausserdem die Frau könne bei dem Manne gesetzt werden, so übersah man oder wollte vielmehr nicht sehen, dass der Gattenmord die Tödtung einer dem Todtschläger nicht verwandten Person zuweit an Atrocität übersteigt, als dass von dem einen auf die Möglichkeit des andern könnte geschlossen werden. Noch viel auffallender aber ist es, dass man nicht wahrnahm, die Rückkehr sei bedingt von Ausführung der Unschuld und von dem Unschuldigen sei nicht zu besorgen, gegen die Ehefrau könne er sich des ihm fälschlich beigemessenen Verbrechens schuldig machen. Also: der concrete Fall und was man in diesem als Bedürfniss nicht erkannte, sondern fühlte, erzeugte die unwiderstehliche Neigung zu scheiden, allein man war unfähig dies Gefühl vom juristischen Standpunkte aus zu rechtfertigen. Für die Ausdehnung der Scheidungsursachen erklärte sich das Consistorium in Wittenberg; wie darüber das Oberconsistorium sich aussprach, ist untenstehend mitgetheilt*). Merkwürdig ist

*) „Ob nun wohl, wenn ein Ehegatte wegen begangener und überführter delictorum ad perpetuos carceres oder auf den Bau allhier condemniret worden, hierbei das zu einem divortio erforderliche essential requisitum, nämlich die vorsetzliche Brechung der ehelichen Pflicht eigentlich nicht vorhanden, hiernächst zuweilen sich ereignen kann, dass wohl gar der klagende Theil gewissermaassen dem andern zu delinquiren Gelegenheit gegeben oder sonst auf eine mitschuldige Art causa sine qua non von seiner Bestrafung geworden, überdies auch noch allezeit einige Möglichkeit ist, dass derjenige, so auf Lebenszeit in das Zuchthaus oder auf den Bau gebracht worden, entweder durch nachhero erfolgende Begnadigung oder durch ergriffene Flucht wieder in Freiheit kommen kann und sodann die Ehe in- oder ausserhalb Landes fortsetzen könnte, so sind wir doch der unmaassgeblichen Meinung, dass, da vorangezogene Fälle sehr selten eintreffen dürften, annebst durch des einen Ehegatten Verschulden und die ihm zuerkannte Bestrafung alle fines matrimonii cessiren und kein Effect der ehemals vollzogenen Ehe übrig bleibt, auch dem andern unschuldigen Theile allzuwehe geschehen würde, wenn selbiger an jenen, der bereits vor civiliter mortuo zu achten, auf Lebenszeit gebunden sein und ohne etwas verbrochen zu haben, die Strafe zum Theil vollständig mittragen müsste, vielmehr das ewige Gefängniss, welches ein Ehegatte durch sein Verbrechen sich zugezogen, der böslichen Verlassung nicht un-

hier die, man darf wohl sagen unmenschliche, an den unschuldigen Ehegatten gerichtete Anforderung, dem Mörder oder Räuber, der durch die Flucht sich der lebenslänglichen Haft entzieht, in das Ausland zu folgen. Nicht minder merkwürdig ist es, wie man das Lahme in der Analogie mit malitiosa desertio anerkennt, und dennoch nach dieser Analogie auf Scheidung erkennen will. Hier, scheint es, lag es nahe, dem höher liegenden Grunde nachzuforschen, weshalb man denn dem einen wie dem andern, obschon als unter sich verschieden anerkannten Verhältnisse gleiche Wirkung beilegen wollte. Die Landesregierung war der Meinung: daferne kein Gewissensbedenken entgegenstünde, worüber die protestantischen Gottesgelehrten einig zu sein schienen, so müsse es zur Scheidung ausreichen, dass keiner oder doch der wesentliche Zweck der Ehe nicht könne erreicht werden und also sechsjährige Zuchthaus- oder Festungsbaustrafe, wenn der Transport bereits erfolgt sei, das Scheidungsgesuch begründen.

Unbestreitbar hatte man Recht von sechsjähriger Festungsbaustrafe gelten zu lassen was von gleich langer Zuchthausstrafe gelten sollte. Allein nicht abzusehen ist es, wie man auf die sechs Jahre Zuchthaus kam, denn darauf wurde nicht erkannt, sondern entweder auf mehr oder weniger. Hiernächst ist nicht gesagt: ob man auch zu dieser Meinung sich nach Analogie der malitiosa desertio bestimmt fand. Da aber auch die Landesregierung nicht das Verbrechen, sondern die Strafe zum Scheidungsgrund machte, so scheint es, im Hintergrunde stand jene Analogie und sie war der Nothanker, an dem man festhielt, um unschuldige Ehegatten der grausamen Nothwendigkeit zu überheben, die Gemeinschaftlichkeit des Lebens mit einem verbrecherischen und ehrlos gewordenen Individuum fortzusetzen. Der von dem Appellationsgericht erstattete gutachtliche Bericht trat

billig gleich zu setzen, die vorsetzliche Begehung solcher delictorum, die dergleichen Strafen verwirken, vor eine hinlängliche Ursache der gänzlichen Ehescheidung zu halten sein möchte.“

der Meinung der Landesregierung bei und erklärte, für begründet sei das Scheidungsgesuch anzusehen, wenn der schuldige Theil zu Verbüssung sechsjähriger Strafe auf Zuchthaus oder Bau oder auf ersteres abgeliefert sei, um daselbst bis zu Ausführung der Unschuld detinirt zu werden.

Im Jahre 1795 wurde anderweit Bericht vom A. Gr. erfordert, das seine Meinung eröffnen sollte, „über den wichtigen Unterschied zwischen causis matrimonium impedientibus und dirimentibus.“ Er erfolgte nicht eher als im Jahre 1808 und es ist darin über die vorliegende Frage Folgendes gesagt:

„Man sei der Meinung, dass die sechsjährige Strafzeit zwar die Regel ausmache, jedoch in einzelnen Fällen und bei Verbrechen, welche von der Beschaffenheit wären, dass bei der Fortsetzung der Ehe nach aller Wahrscheinlichkeit die grösste Gefahr für den unschuldigen Gatten oder doch der grösste Nachtheil für die Erziehung der Kinder zu besorgen sein würde, nach gegründetem richterlichen Ermessen, auch eine kürzere als sechsjährige Strafzeit zur Ehescheidung hinreiche“.

Hieraus ergiebt sich:

nicht unbedingt sollte der Scheidungsgrund nach der Dauer der Strafzeit bemessen werden, sondern auch eine kürzere als die einmal angenommene ausreichen, wenn von dem rückkehrenden Verbrecher Lebensgefahr für den unschuldigen Theil oder grosser Nachtheil für die Erziehung der Kinder würde zu besorgen sein.

Es sollte also ein sittliches Moment einen Scheidungsgrund abgeben, ein sittliches Moment, hinsichtlich dessen die Antwort auf die Frage, ob es in erforderlicher Stärke vorhanden, sich gar nicht nach einer allgemeinen abstracten Norm, sondern nur nach Ermessen der eben vorliegenden concreten Verhältnisse geben lies. Jedoch dies sittliche Moment sollte nicht allein den Ausschlag geben, sondern angetretene Freiheitsstrafe von irgend einer Zeit hinzukommen müssen, obschon dies accessorische Moment offenbar etwas Unwesentliches ist,

sobald man fragt, ob in der ehelichen Verbindung das Leben des einen Gatten, höchlich die Kindererziehung gefährdet sei. Zugleich beweist ein Appellationsgerichtsurthel vom Jahre 1807, dass bereits vor jener Berichterstattung die Praxis vier Jahre Zuchthaus als Scheidungsgrund anerkannt hatte, jedoch diese Strafe nicht als der eigentliche, wenigstens nicht als der alleinige Grund angesehen wurde, sondern auch die Gröblichkeit des Verbrechens. v. Weber am a. O. berichtet noch von andern Fällen, in denen zu verbüssende vierjährige Zuchthausstrafe zu Scheidung geführt, jedoch das Oberconsistorium und das Consistorium zu Leipzig dieselbe bei zweijähriger Zuchthausstrafe verweigert haben, und dass der Entwurf zu einer neuen Eheordnung (§ 179.) vorläufig eine wenigstens dreijährige Zuchthausstrafe für erforderlich zur gänzlichen Scheidung angesehen. Wer sähe nicht in allen diesen Vorgängen deutlich, wie seit 1751 dem untrüglichen Rechtsgefühle eine nicht ganz ungewaltsam herbeigezogene Analogie hat Bahn brechen müssen, dass wegen Verbrechen geschieden worden, sobald nur irgend einigermaassen sich der Schein retten lies, es geschehe dies ad analogiam der Scheidung ob malitiosam desertionem? Merkwürdig ist in dieser Hinsicht ein später vor dem Consistorium zu Leipzig anhängig gewordener Eheprocess. Der Ehemann, der bereits früher zwei Jahre Zuchthaus erlitten, ward anderweit zu vier Jahren Zuchthaus verurtheilt und zugleich erkannt, vor seiner Entlassung sei desfalls Bericht an die allerhöchste Behörde zu erstatten, was man um deswillen anordnete, weil er während der Untersuchungshaft Feuer in dem Gefängnisse angelegt hatte, dies allerdings in der Absicht zu entfliehen, jedoch auch sichtlich nicht ohne Gefahr selbst mit zu verbrennen. Die Strafzeit war 1809 abgelaufen, ein Rescript von 1810 ordnete weitere Detention, im folgenden Jahre ein nochmaliges Rescript die Entlassung an. Das Consistorium wies die Klage ab, das Appellationsgericht sprach auf Scheidung. Hier versagte die malitiosa desertio den Dienst und man nahm seine Zuflucht

zu der Behauptung, lebensgefährlich für die Frau sei es mit einem Brandstifter zusammen zu leben, was in dem vorliegenden Falle eine völlig unbegründete Annahme war. Wer um zu entfliehen Feuer im Gefängnisse anlegt, weil in ihm die Furcht vor der Strafe so wirksam ist, dass, um ihr zu entgehen, er sich sogar der Gefahr aussetzt, den martervollen Feuertod zu leiden, ist kein Brandstifter aus Neigung und bösem Triebe, besonders aber nicht um deswillen zu besorgen, in der eignen Wohnung werde er Feuer anlegen und zwar so, dass die Frau mit verbrennen könne; am allerwenigsten lies aus einem solchen Vorfalle sich schliessen, überhaupt werde der Beklagte mörderische Absicht gegen die Klägerin hegen. Dessenungeachtet schied man aus dem desfalls mitgetheilten Grunde. Zweifelsohne war man nur um deswillen nicht scrupulös hinsichtlich der Scheidungsgründe, weil man unter solchen Umständen sicher war, über die Scheidung habe man sich keinen Scrupel zu machen.

Im Jahre 1840 klagte gegen ihren zu Verbüssung sechsjähriger Strafzeit auf das Zuchthaus gebrachten Ehemann die Ehefrau auf Scheidung und dies sechs Monate vor Ablauf der Strafzeit. Das Oberappellationsgericht fand dies Gesuch begründet. Auch hier gab sich die Unabweisbarkeit der innern, weniger erkannten als empfundenen Ueberzeugung kund, Verbrechen, mindestens Verbrechen einer gewissen Art, sind jedenfalls für einen Scheidungsgrund zu erachten, müssen, ganz abgesehen von der Strafe, die Ehe auflösbar machen. Denn bei nur gedachter Sache lies die Strafe sich in keine Analogie zur malitiosa desertio stellen. Die Klägerin, welche 5 Jahre 6 Monate mit der Klaganstellung gewartet, hatte damit erklärt, sie habe bis dahin sich nicht für böslich verlassen angesehen, und dass die noch übrigen 6 Monate einen zu kurzen Zeitraum bildeten, als dass sich jene Analogie hineintragen lasse, besagte das Erkenntniss selbst, in dessen Rationen ausdrücklich bemerkt ward, nach mehrmals von dem Oberappellationsgerichte angenommener und ausgesprochener Ansicht rechtfertige zu

verbüssende, nicht jede verbüsste vierjährige Zuchthausstrafe den Antrag auf gänzliche Trennung der Ehe. Daher bezog man sich auf das vorgedachte Präjudiz und die hier befolgte Meinung, „dass von einem Brandstifter der unschuldige Gatte Lebensgefahr zu besorgen habe,“ was allenfalls bei dem Mordbrenner, gewiss aber nicht bei jedem Brandstifter für wahr gelten darf. Denn wer z. B. würde einen Mann mörderischer Absichten gegen die Ehefrau um deswillen für fähig halten, weil er seine Scheune angezündet, um die Brandassecuranz zu bevortheilen? Ebenso ist anderweit im Jahre 1842 Brandstiftung, abgesehen von der Länge der Strafzeit, in ausdrücklichen Worten für ein Scheidungsgrund erachtet worden. Endlich hat ein Urthel vom Jahre 1843 ausgesprochen: nur vierjährige Arbeits- oder Zuchthausstrafe begründe ein gültiges Scheiduugsgesuch, und nur dann, wenn die Verbrechen von der Art wären, dass Leben und Gesundheit der Familie als gefährdet von dem Verbrecher erschienen, reiche eine geringere Strafzeit aus. Der Gehalt dieser verschiedenen Aussprüche lässt sich in folgende allgemeine Positionen zusammenfassen.

a) Vier Jahr Zuchthaus, Festungsbau, Arbeitshausstrafe, zu deren Verbüssung der schuldige Theil bereits abgeliefert worden, sind ein Scheidungsgrund. Sie sind es um deswillen, weil sie der malitiosa desertio analoge Beurtheilung verstatten.

Hätte Luther etwas von einer solchen Analogie gewusst und hätte er dieselbe gebilligt, so würde er ein Jahr, ja schon ein halbes Jahr Zuchthaus für ausreichend gehalten haben. Denn nach seinen oben mitgetheilten Worten braucht eine Frau nur so lange verlassen zu sein, um sich über boshafte Verlassung beklagen zu dürfen.

b) Wenn das Verbrechen solcher Art ist, dass von dem, welcher es begangen, zu befürchten steht, er werde Leben und Gesundheit des andern Gatten oder der Kinder gefährden (dem Brandstifter findet sich die bevorzugte Stelle angewiesen, dies unbedingt besorgen zu lassen, wogegen man die Gefahr verwahrloster Kindererziehung

scheint aus den Augen verloren zu haben), dann darf auch um kürzerer Strafzeit willen geschieden werden.

Ganz consequent und in sich selbst zusammenhängend ist dies schwerlich. Denn wenn bei weniger als vier Jahren es an der Analogie fehlt, so wird in den unter 2 bemerkten Fällen nicht nach Analogie der malitiosae desertionis geschieden, sondern zweifelsohne (denn man sieht nicht welcher andere Grund übrig bliebe), um des Verbrechens und desjenigen willen, was von dem Verbrecher zu befürchten ist. Liegt aber hierin ein ausreichender Scheidungsgrund, so begreift man nicht, warum er zu gleicher Zeit auch eines nicht ausreichenden einer Ergänzung durch eine unvollendete quasi desertio malitiosa bedürfen soll. Bemerkenswerth ist überdies noch, dass, da nach dem Satze unter a) alles auf vierjährige Strafzeit ankommt, zu deren Verbüssung der schuldige Theil bereits abgeliefert worden,

c) Freiheitsstrafen, die zusammen fünf, zwanzig und soviel man wolle mehr Jahre betragen, keinen Scheidungsgrund abgeben, sobald diejenige, zu deren Verbüssung sich der Schuldige bei Anstellung der Klage abgeliefert findet, eine geringere als vierjährige ist, endlich

d) obschon bei jenem Scheidungsgrunde das wesentliche Moment darein gesetzt wird, dass Verbrechen, in Folge welcher das eheliche Zusammenleben für die Dauer von vier Jahren aufgehoben wird, der malitiosa desertio sollen gleichgestellt sein, dennoch die Untersuchungshaft gar nicht in Betracht kommen soll. Straf- und Untersuchungshaft zusammengerechnet mögen bedeutend über vier Jahre ansteigen, dem unschuldigen Gatten hilft dies nichts, daferne ohne diese Zusammenrechnung die vier Jahre nicht herauskommen; denn nicht ist solchenfalls ihm verstattet zu sagen, bereits während der Untersuchung sei er quasi malitiose verlassen gewesen. Auch in dieser Beziehung, das sieht man ohne Weiteres, ist die angegebene ältere Praxis inconsequent und entbehrt sie alles innern Haltes. Ebenfalls leuchtet von selbst ein, dass die neuere in § 2 angegebene Praxis des Oberappellationsgerichts

dieser Ausstellung nicht abhilft. Wie diese sich gebildet, darüber das Nöthige in dem nächstfolgenden Paragraphen.

§. 10.
Die angegebene Praxis und das Criminalgesetzbuch vom Jahre 1838.

Alle Justizbehörden des Königreiches Sachsen, wenigstens alle diejenigen, deren Stellung von der Art war, ihrer Praxis legislatorische Autorität zugestanden zu sehen, hatten ausgesprochen: vierjährige und nur ausnahmsweise geringere Zuchthaus- oder Festungsbaustrafe ist ein Scheidungsgrund, ist ein solcher nach Analogie der quasi malitiosa desertio. Nothwendig musste das neue Criminalgesetzbuch, das in Betreff der meisten Verbrechen ein milderes als das frühere Strafmaass eingeführt hat und hin und wieder statt vier und mehr Jahre Zuchthaus oder Bau gleich lange andere Strafhaften vorschreibt, die Frage anregen, ob demzufolge nicht auch Abänderungen der Grundsätze hinsichtlich der Scheidungen wegen Verbrechen anzunehmen wären? Wie man die aufgeworfene Frage beantwortet, das ist aus §. 2. zu ersehen. Nur wenig Bemerkungen über diesen neuerlichst constituirten, von dem ältern nicht sehr verschiedenen Gerichtsbrauch.

Da unser Rechtszustand von der Art ist, dass er völlig untergraben würde, setzte man die gewissenhafte Beobachtung des Gerichtsbrauches aus den Augen, so ist es einerseits, von diesem Gesichtspunkte aus die Sache angesehen, nicht tadelhaft, dass man gedachte, obschon unverkennbar irrige, und wie schon gesagt, bereits von Deyling verworfene Analogie dessenungeachtet festgehalten hat (m. s. §. 2. unter d.), andererseits ist es consequent, dass man, während jetzt die Festungsbaustrafe wegfällt, jedoch auch Gefängnisstrafe von vierjähriger Dauer nach dem vaterländischen Gesetzbuche kann ausgesprochen werden, auf die Art und Weise der Strafhaft kein Absehen gerichtet hat.

Jene der legislatorischen gleichstehende Autorität des Gerichtsbrauches, die, mit allseitiger Consequenz

durchgeführt, ihr eine unverletzbar sacrosancte Wahrnehmung sichert, führt denn auch dahin, dass es bei den vier Jahren das unabänderliche Bewenden haben muss, leider aber auch zugleich dahin, dass das Sprichwort, kein Uebel so gross, um nicht auch sein Gutes zu haben, sich bei dem Eherechte in die Bemerkung umkehrt, nichts Gutes so gut, dass es nicht auch sein Uebles mit sich brächte. Von kaum übersehbar guter Wirkung muss die neuere vaterländische Gesetzgebung schon um deswillen sein, weil sie fast durchgehend das Strafmaass bedeutend herabgesetzt hat, ohne dass dadurch Gefahr für die öffentliche Sicherheit entsteht, indem bei milderen Strafen die Straffälle nicht häufiger vorkommen, als sie bei den früher ungleich strengeren vorkamen. Leider sind aber dadurch die Fälle sehr vermehrt worden, in denen der unschuldige Gatte gehalten ist, die Ehe mit einem groben Verbrecher fortzusetzen. Denn um nur eines einzigen, aber des am häufigsten vorkommenden Falles zu gedenken: um 6 Jahre lang auf das Zuchthaus zu kommen, brauchte man früher kein eben ausgezeichneter Dieb zu sein. Jetzt hingegen, wo nur unter besonders erschwerenden Umständen den Dieb Zuchthausstrafe trifft — m. s. § 227 und 240 des Crim. Gesetzbuches — kann ein Dieb sogar eingebrochen haben und doch nur (§ 230 ebend.) zwei Jahre lang auf das Zuchthaus kommen. Auf Scheidung in den Fällen zu erkennen, wo nach älterem Criminalrechte die Folge des Verbrechens wenigstens vierjährige Zuchthausstrafe gewesen wäre, das würde erstlich nicht wohl thunlich sein, weil oft es unmöglich sein dürfte in dem Eheprocesse zu ermitteln, welches Strafmaass ehedem hätte eintreten müssen, und zweitens liefe es dem angenommenen Grundsatze entgegen, dass nicht Verbrechen, sondern nur Freiheitsstrafen einen Klagegrund abgeben und mindere als vierjährige Zuchthausstrafe keine Analogie mit der quasi desertio malitiosa an die Hand giebt. Diese nun einmal vom usu tyranno eingeführte Analogie zieht einen andern Uebelstand herbei. Da nämlich die Strafe, nicht das Verbrechen die entscheidende Norm abgiebt, so kann der Fall eintreten, dass wegen vier- und mehr-

jähriger Freiheitsstrafe auf Scheidung erkannt wird, wo gegen das Scheidungsgesuch sich alles menschliche Gefühl empört. Z. B. möglich ist es, obschon nicht eben wahrscheinlich, dass ein Mann in vieljährige Haft kommt, weil er sich duellirt hat, um die verletzte Ehre der Gattin oder nächster Verwandten derselben auf diesem, von der öffentlichen Meinung ihm unabweislich zur Pflicht gemachten Wege wieder herzustellen. Trägt in solchen Fällen die Frau auf Scheidung an, so muss sie geschieden werden, obschon, vom sittlichen Standpunkte aus den Antrag betrachtet, sie es wäre, die lebenslängliches Zuchthaus verdiente. Ferner erwäge man die politischen Verbrechen. So wild verworren und frevelhaft auch die in unsern Tagen sich hin und wieder kund gebende Stimmung sei, die jedes Anstreben und Auflehnen gegen bestehende öffentliche Gewalt für die That eines Brutus oder Cato erachtet und bemüht ist, dem Thäter alle ersinnliche begünstigende Rücksicht angedeihen zu lassen, so gehört doch auch wahrhaftig keine ausgezeichnete Phantasie dazu, um sich Verhältnisse zu denken, in denen den politischen Verbrecher auch nicht der entfernteste Tadel verwerflicher Gesinnungen trifft und es empörend ist, wenn die Strafe, womit ihn das Schicksal heimsucht, nebenbei auch sein eheliches Verhältniss zerstören soll. Ueberhaupt braucht man nur den Catalog verpönter Handlungen durchzugehen, und man wird sich zahlreiche Fälle zusammenstellen können, wo des Verbrechens Unstern mächtiger gewirkt hat als die Unsittlichkeit seines Charakters. Zudem verfällt jene Praxis in folgende wahrhaft widerwärtige Inconsequenz: wir scheiden oder vielmehr annulliren die Ehe, sobald sich findet, dass ein oder der andere Theil mit einem körperlichen Fehler behaftet ist, der den physischen Beziehungen des ehelichen Verhältnisses entweder durchaus und schlechterdings oder auch nur in einem gewissen Grade behinderlich entgegensteht. Dafern während der Ehe der Mann sich auf eine Weise verstümmelte, welche die körperlichen Bedingungen des Kindererzeugens vernichtete, so würden wir jedenfalls auch dann scheiden, wenn der malitiosa de-

sertio die Unthat um deswillen nicht gleichzustellen wäre, weil sie aus anderer als der Absicht wäre verübt worden, das Weib um die vorzugsweise sogenannten ehelichen Freuden zu bringen. Wo bleibt nun aber wohl die vielbelobte Spiritualität der causarum matrimonialium, wenn kein ethisches Gebrechen gross genug ist, um an sich einen Scheidungsgrund abzugeben, wenn es einen solchen nicht eher abgiebt, als bis die Folge des ethischen Defectes die physische Gemeinsamkeit aufhebt? Kann unter solchen Umständen man wohl die Behauptung widerlegen, unsere Heilighaltung der Ehe halte für sacrosanct nur ihre niedrigste animalische Beziehung? Merkwürdig aber und tröstlich ist es, wahrzunehmen, wie in concreten Fällen eine bessere Heilighaltung der Ehe unsrer nicht sowohl widerstrebenden als von ihren Präcedentien beengten Praxis hin und wieder als so gebieterische Nothwendigkeit erscheint, dass sie die Gränzen, in welche sie sich eingeengt, dennoch durchbricht. So ist in einem allerneulichsten Falle, obschon man sich zu dem Grundsatze bekennt, nur das als unabänderlich zu betrachtende Erkenntniss auf vierjährige Freiheitsstrafe ist ein Scheidungsgrund und ein Zusammenrechnen mehrerer kürzeren Freiheitsstrafen, ein Miteinrechnen der Untersuchungshaft findet nicht statt, dennoch dieser Grundsatz ausnahmweise aufgegeben und in Folge solchen Zusammenrechnens geschieden worden. Die Beilage unter A enthält die betreffenden Entscheidungsgründe, aus denen man zugleich die nähere Gestaltung des Falles ersieht. Täuscht mich nicht alles, so ist aus diesem Erkenntnisse, so ist aus allen den mitgetheilten Momenten unserer Ehescheidungspraxis deutlich abzunehmen: mit unwiderstehlicher Gewalt bricht sich das Rechte, die Ueberzeugung: Verbrechen an sich, nicht ihre Bestrafung müssen einen Scheidungsgrund abgeben, immer weiter und weiter Bahn. Bewältigt von der Uebermächtigkeit der Präcedentien wagt diese Ueberzeugung sich nicht auszusprechen und sucht daher ihr Ziel auf indirectem Wege zu erreichen, vermittelst des Vehikels zwischen böslicher Verlassung und vierjähriger Freiheitsstrafe angenommener

Analogie. Da nun aber dieses Vehikel ein durchaus falsches ist, so vermag auch die desselben sich bedienende Praxis nie zu dem zu gelangen, was nur dem Verfahren nach richtig erkannten Principien beschieden ist, zur Stätigkeit, zu in sich selbst consequentem Verfahren.

§. 11.

Ergebniss aus dem Inhalte der obigen §§.

Auseinandergesetzt ist im Vorstehendem, wie auf die Frage, ob wegen Verbrechen, die ein Ehegatte begangen, der andre unschuldige Scheidung fordern dürfe, unser Gerichtsbrauch antwortet, und dass historischen Momenten das Unbefriedigende der Antwort zur Last fällt, hauptsächlich der verfinsterten Sinnesart älterer Juristen, unter andern und wohl vor allen des ohnehin in manchen Partien der Sächs. Rechtsgeschichte wahrhaft fürchterlichen Carpzov's, der alle aus dem Sacramente der Ehe im kanonischen Rechte abgeleitete Folgen fest hielt, indem es seiner protestantischen Orthodoxie genügte, dem „Sacramente" die causa spiritualis zu substituiren, obschon die Häupter der Reformation, unter diesen Luther feierlich und öffentlich deshalb protestirend, erklärt hatten: die Unauflösbarkeit der Ehe sei Gewissenssache und wer da glaube vor seinem Gewissen die entgegengesetzte Ansicht vertreten zu können, dem bleibe es unbenommen, die in den „kaiserlichen Rechten" sanctionirten, schon gezeigtermaassen keinesweges rigoristisch beschränkten Scheidungsgründe geltend zu machen, obschon ferner nach Luther selbst die Gewissen nicht schlechterdings und ausnahmslos an die Worte der Schrift gebunden sind, da er die von uns so benannte malitiosa desertio für einen Scheidungsgrund erklärt, während von dem, was hierbei Luther sich dachte, nichts in der Bibel steht.

Unableugbar gewiss ist somit Folgendes:

Als durch die Reformation Praxis und Gesetzgebung von der Herrschaft des kanonischen kirchlichen Rechtes befreit waren, befanden sie sich in der Lage einerseits

zwar nicht nach Willkühr, als welche schon dem Begriffe nach von jeder juristischen Praxis und aller Gesetzgebung ausgeschlossen ist, andrerseits aber mit voller Freiheit von Religions- und Kirchenautoritäten unbeschränkt festzustellen, ob und inwiefern Verbrechen des einen Gatten den andern unschuldigen berechtigen können, auf Scheidung anzutragen. Wie in allen Fällen, wo für die Feststellung von Rechtssätzen unbeschränkte Freiheit gegeben ist, die Ausübung derselben keine andre Norm, als den Begriff desjenigen Verhältnisses anerkennen darf auf dessen Feststellung es ankommt, so würde auch die vorliegende Frage aus dem Begriffe und Wesen der Ehe zu beantworten gewesen sein. Dass die Ehe auf Vertrag beruht, diese Wahrheit, so unumstösslich sie ist, wäre dennoch ungeeignet, daraus eine Norm in vorliegender Beziehung abzuleiten; denn während bei jedem Vertrage seine Auflösung zur Rechtsnothwendigkeit werden kann, sobald nicht in und mit demselben diejenigen Voraussetzungen sich realisiren, von welchen die Contrahenten entweder ausdrücklichen Worten nach oder also ausgegangen sind, dass ohnehin dem andern Theile bekannt war, welcher Art positiver oder negativer Gegenleistungen der Mitcontrahent sich gewährt zu sehen erwartete, tritt bei dem Ehevertrage die Eigenthümlichkeit ein, dass er im Voraus durch den Vertrag selbst festgestellter Maassen ein unauflösbares Verhältniss, ein Verhältniss herstellen soll, dessen Werth und Bedeutung in gegenseitiger so inniger Hingebung des einen an den andern Theil besteht, dass ein Bereuen des gethanen Schrittes, jedenfalls das Zurücktreten aus dem eingegangenen Verhältnisse damit völlig unvereinbar wäre. Doch in eben dieser Unauflösbarkeit des Ehevertrages, von welcher die Ueberzeugung mehr oder weniger in jedem, auch dem Ungebildetsten lebendig ist, weil ohne sie alle würdigsten und heiligsten Lebensbeziehungen aufgehoben wären, deren Erkenntniss keinem, auch nicht dem verworrensten Gemüthe völlig fremd ist, liegt zugleich das Criterium der Fälle, wo die Ehe nicht darf unauflösbar sein. Absolut unauflösbar können nämlich nun und nim-

mermehr zwei Verhältnisse sein, von denen das eine sollte es absolut unauflösbar sein, die Vernichtung des andern herbeiführen würde. Schlechthin unauflöslich kann solchenfalls nur eines von beiden sein. Wollen wir für ein solches die Ehe ansehen, dann gerathen wir in den Widerspruch, dass wir behaupten müssen, um der Unzertrennbarkeit des Ehebundes willen, die in letzter und höchster Instanz ja doch nur in dem moralischen Bewusstsein, in dem Gewissen des Menschen wurzelt, müsse der Mensch sein moralisches Bewusstsein, sein Gewissen unterdrücken wenn die Fortsetzung der Ehe diesem entgegen läuft. Da das Unvernünftige einer solchen Behauptung von selbst einleuchtet, so leuchtet auch weiter von sich selbst ein, dass diejenige Ehe nicht darf fortgesetzt werden, von deren Fortsetzung das Gewissen des einen Theiles würde verletzt werden. Die hieran schliessende Frage: in welchen Fällen sich behaupten lasse, Gewissenssache sei es, aus der ehelichen Verbindung auszuscheiden, lässt sich, ohne dass Sinn und Bedeutung derselben abgeändert werden, auch so ausdrücken: wenn fällt es in einem ehelichen Zusammenleben unmöglich unabweisliche Pflichten zu erfüllen? Nun ist aber die sorgsame und gewissenhafte Erziehung der Kinder eine solche Pflicht; getrennt muss also die Ehe werden, wenn des einen Gatten durch Verbrechen thatsächlich bewiesene Immoralität in Gewissheit setzt, bei fortgesetztem ehelichen Zusammenleben sei keine gewissenhafte Kindererziehung möglich. Hier giebt es gar keinen sichernden Ausweg. Allerdings können die Kinder zur Erziehung aus dem Hause gethan werden und nicht selten ist eine solche Maassregel segenbringend. Allein so viel ist auch gewiss, Niemandem lässt es sich als Zwangsverbindlichkeit auferlegen, eine solche Maassregel für vereinbar mit seinem Gewissen anzusehen; nicht zu gedenken, dass ein solches Auskunftsmittel eine äusserlich begünstigte Lage voraussetzt, in der nur die Minderzahl von Ehegatten sich befindet. Eben so wenig kann Trennung von Tisch und Bette für ein Auskunftsmittel gelten. Denn eine solche ist in keiner

Beziehung von der wirklichen Scheidung unterschieden, sondern durch Aufhebung der individua vitae consuetudo eine Scheidung, nur mit beigefügtem den Unschuldigen prägravirenden Verbote anderweiter Verehlichung. Nicht anders würde es sich verhalten, beschränkte man die Scheidung von Tisch und Bette auf die Zeit bis zu vollendeter Kindererziehung. Denn damit wäre behauptet, dass ihrer Unauflösbarkeit ungeachtet, die Ehe doch für eine gewisse Zeit ihrer noch übrigen Fortdauer eine unauflösbare, also unauflösbar und zu gleicher Zeit auflösbar sei. Die Kindererziehung ist nicht die einzige unabweislich zu erfüllende Pflicht, die vom ehelichen Leben mit einem verbrecherischen Gatten kann behindert werden. Man denke an die bedeutende Zahl von Personen, deren Beruf es ist durch ihre Lehren auf das reife Alter oder die Jugend einzuwirken und die darum auch verpflichtet sind, durch exemplarisch geordnete Lebensverhältnisse dem belehrenden Worte Eingang zu verschaffen, das, wenn es nicht bethätigt wird in des Lehrers eignen Verhältnissen, zum Gespötte herabsinkt und geradezu verderblich wirkt*). Aehnliche Verhältnisse treten auch in andern Berufssphären ein. Indem ich vor der Hand die Schwierigkeit unberührt lasse, mit der es allerdings verbunden sein kann, in concreten Fällen darüber zu entscheiden, ob denn nun durch Verbrechen eines Ehegatten es dem andern in Hinsicht auf die Kindererziehung oder andre ihm obliegende Pflichten zur Gewissenssache geworden sei, sich der ehelichen Verbindung, wenn nur irgend möglich, zu entziehen, gehe ich zu der Frage über, ob nicht, da wegen körperlicher Uebel, die aus physischen Gründen einen unwiderstehlichen Abscheu erregen, geschieden werden kann (eine Praxis, deren Zweckmässigkeit zu bestreiten ich

*) Nicht allzu lange ist es, dass der Fall vorkam, wo die Gattin eines Landpredigers sich nicht abhalten liess, regelmässig den Tanzboden des Ortes zu besuchen und bis zum Uebermaas an aller und jeder niedrigsten solchen Orten eigenthümlichen Genussucht Theil zu nehmen, jedoch die Scheidung zu erlangen dem Ehemann unmöglich blieb.

weit entfernt bin), wir, bei denen immer so viel von dem moralischen und weit mehr noch als allzuviel von dem religiösen Gesichtspunkte die Rede gewesen, von dem aus die Ehe zu beurtheilen sein soll, nicht in die allergrösste Inconsequenz dadurch verfallen, dass wir schlechterdings nicht annehmen wollen, ebensowohl als aus physischen Gründen könne aus ethischen und insonderheit durch Verbrechen eines Ehegatten ein so unwiderstehlicher Abscheu in dem unschuldigen Theile angeregt werden, dass darum die Ehe aufzulösen sei? Die Antwort lässt sich nicht anders als bejahend geben und demnach sollten auch in letzangegebner Beziehung Verbrechen als ein Scheidungsgrund gelten. Die auch hier leicht wahrzunehmende Schwierigkeit, eine sicher leitende Norm zu entdecken, nach welcher in den concreten Fällen dieser Scheidungsgrund für wirklich vorhanden oder nicht vorhanden anzusehen sei, hebt nicht die Wahrheit der Behauptung auf, dass eine von allen nachwirkenden Einflüssen kirchlicher Superstitionen befreite Rechtstheorie nichts anderes, als vorstehend sich gesagt findet, über Verbrechen als Scheidungsgrund sagen kann.

§. 12.

Des gewonnenen Ergebnisses Anwendbarkeit in der Praxis.

Angenommen, von Stunde an wollte die Praxis sich zu dem Grundsatz bekennen: zu scheiden ist eine Ehe, wenn, was der eine Gatte verbrochen, dem andern unschuldigen nicht verstattet die Ehe ohne Verletzung des Gewissens fortzusetzen, welchenfalls denn die Strafe gar nicht, und am allerwenigsten die Gattung derselben und ein Maass derjenigen Zeit in Betracht käme, während welcher die Strafe des Verbrechers physische Freiheit aufhebt, so würde, das ergiebt sich aus dem Obigen, der Grundsatz keiner Rechtfertigung vor der Vernunft bedürfen, nur der Zweifel sich aufwerfen lassen, ob die Scheidung um Verbrechen willen nicht in zu enge Gren-

zen verwiesen sei. Dies aber, scheint es, sei zu verneinen; denn es setzt ja eben mit dem Eheversprechen jeder Theil so zu sagen sein Gewissen zum Unterpfande dafür ein, er werde das einzugehende Verhältniss als ein unauflösliches betrachten. Dieser Zusage, ist sie frei aus seinem Willen hervorgegangen, darf er nur unter der einzigen Voraussetzung entbunden werden, dass, hätte er die Umstände vorhersehen können, die Zusage sein Gewissen verletzt haben würde. Der Grund davon, dass das unbefangene Gefühl geneigt ist eine solche Bestimmung für nicht umfassend genug anzusehen, liegt darin, dass uns concrete Fälle beifallen, wo es hart, ja unerträglich scheint, dem Unschuldigen die Fortsetzung der Ehe mit dem Schuldigen anzusinnen und dennoch glauben, er würde sie fortsetzen können ohne Verletzung des Gewissens. Z. B. es begeht ein Ehegatte einen Diebstahl, einen geringfügigen Diebstahl, wir empfinden das Bedürfniss den Unschuldigen der Nothwendigkeit zu überheben die eheliche Verbindung mit einer infamirten Person fortzusetzen, müssen andrerseits aber zugestehen, dass er dazu sich ohne Verletzung des eignen Gewissens entschliessen könnte und nur eine gewisse egoistische Rücksicht ihm den Wunsch eingiebt, aus einer Verbindung zu treten, die der Unannehmlichkeiten gar manche und schwer zu ertragende mit sich bringen kann. Jedoch es braucht nur, dass man den Fall sich nicht in abstracter Allgemeinheit denke, sondern in individualisirter Gestalt, und es wird sich zeigen, dass jener Grundsatz überall auf eine das Rechtsgefühl vollkommen befriedigende Weise zum Ziele führt. Wenn die Frau des Häuslers oder Tagelöhners heimlich in die Waldung oder den Garten des Nachbars geht und eine Trage voll Holz entwendet, so wird Niemand für die Zulässigkeit der Scheidung stimmen, wohl aber dann jedermann dafür stimmen, wenn die Frau einer obrigkeitlichen Person einen Marktdiebstahl begangen und mit einem solchen Vorfalle verbundene scandalöse Auftritte erregt hat. Seine bürgerliche Ehre zu wahren ist Gewissenssache, heilige Gewissenssache für Jedermann; Niemandem dürfen wir zumuthen, dass

er diese Pflicht einer andern nachsetze. Dies mutheten wir jener obrigkeitlichen Person zu, wenn wir ihr auf den bemerkten Vorfall gestütztes Scheidungsgesuch zurückweisen. Keinesweges aber enthält die Verwerfung der nämlichen Klage, ist sie von dem Häusler oder Tagelöhner erhoben, eine solche Zumuthung; die gänzliche Verschiedenheit in der Lage und der Stellung der Personen bürgt dafür. Allerdings ist es möglich und denkbar, dass der hochgestellte Mann den Vorfall nur zu einer Scheidung benutzt, die ihm aus ganz andern frivolen Gründen erwünscht ist, dass der Niedriggestellte sich von dem Ereignisse so tief verletzt in allen Lebensbeziehungen fühlt, als es bei jenem der Fall sein sollte. Das beweist aber nur, dass wir uns das Concrete nie bis in seinen allerinnersten Gehalt erkennbar machen können, sondern eine gewisse allgemeine Auffassung auch dann noch müssen gelten lassen, wenn wir von der Maxime ausgehen, das Urtheil völlig dem concreten Falle anzupassen. Alle Schwierigkeit, den aufgestellten Grundsatz auf befriedigende Weise in praktische Anwendung zu setzen, liegt in zwei Momenten.

Erstlich und davon ist bereits im Eingange des Aufsatzes gesprochen worden, darin, dass man durchdrungen von der Ueberzeugung, offenbare Ungerechtigkeit sei es einen Urtheilsspruch in Civilstreitigkeiten nach den Persönlichkeiten der betheiligten Personen zu modificiren, glaubt auch in Ehestreitigkeiten nur dann unparteiisch Recht zu sprechen, wenn das Factum X. gleichmässig beurtheilt wird, ohne Unterschied, ob es zwischen Aulus und Aula oder Vitellius und Vitellia vorgekommen, nicht bedenkt, eine solche Gleichmässigkeit werde in Ehesachen zur allerschreiendsten Ungleichmässigkeit, wie denn z. B. Niemand bezweifeln wird, dass rohe Schimpfwörter, die ein Mann von Stande gegen seine Frau ausstösst, weit eher gänzliche Scheidung rechtfertigen könnten, als eine Anzahl unschädlicher Peitschenhiebe, die ein Bauer seinem Weibe, das einen Wirthschaftsartikel schmählich vernachlässigt hat, die separatio a toro et mensa rechtfertigen.

Dieser Schwierigkeit entgehen wir, sobald man nur sich entschliesst, gesunden Ansichten von dem Eigenthümlichen des Gegenstandes der Eheprocesse den Durchbruch verstatten zu wollen.

Eine zweite minder leicht zu überwindende Schwierigkeit besteht darin, dass bei der Art und Weise, wie unser Eheprocess organisirt ist, dem erkennenden Richter nicht einmal insoweit als es in thesi möglich wäre, die Möglichkeit gegeben ist, das Individuelle und Eigenthümliche in dem gegenseitigen Verhältnisse der Ehegatten sich zu veranschaulichen, dass nicht, wie ebenfalls schon im Eingange bemerkt worden, Ehestreitigkeiten von Personen oder unter Concurrenz von Personen entschieden werden, welche den Thatbestand, wenn auch nicht vollständig, doch vollständiger zu durchschauen vermögen, als es einem Richter möglich ist, der sein Erkenntniss aus Acten, von dritten Personen, den Sachwaltern der Parteien, eingereichten Schriften entnimmt. Dessenungeachtet bleibt soviel gewiss, nicht eben allzuselten tritt der Fall ein, dass schon nach Alter, Stand, Beruf und notorisch bekannten Umständen in der Parteien gegenseitiger Lage, über den Gehalt eines Scheidungsgrundes ein dem Concreten angemessnes Urtheil mit genügender, obschon nicht aus Acten erreichbarer Sicherheit kann gefällt werden. Namentlich würde häufig dieser Fall eintreten, wenn es sich darum handelt, ob anzunehmen sei, die Fortsetzung der Ehe mit einem verbrecherischen Gatten verletze das Gewissen des unschuldigen Theiles. Die Scheidung aus einem solchen Grunde zu verweigern, wenn derselbe liquid in den Acten vorliegt, ist man jedenfalls nicht um deswillen berechtigt, weil er in hundert Fällen in schlagender Stärke vorhanden und doch nicht in den Acten erkennbar vorliegen kann *).

*) Die wahrhaft entsetzliche Seite unsers Eheprozesses ist die, dass unzähligemale den wirklichen Schuldigen nichts abhält, den Anschein der Schuld auf den Unschuldigen zu wälzen und so die Scheidung zu erzwingen. Wenn eine treubrüchige Frau den Mann los werden will, so stehen ihr hundert und aber hundert Mittel zu Gebo-

Wäre es nun aber wohl ein zu gewagter, durch die bisherige Praxis nicht bereits hinlänglich vorbereiteter Schritt, um Verbrechen willen zu scheiden, sobald die Behauptung sich rechtfertigen lässt, Gewissenssache des Unschuldigen sei es, aus solchem Grunde die Scheidung zu fordern? Das glaube ich verneinen zu müssen. Thatsächlich, obschon nicht den Worten nach, hat unsre Praxis bereits anerkannt, Verbrechen sollen als ein Scheidungsgrund gelten. Denn gezeigtermaassen ist die vierjährige wegen begangener Verbrechen zu verbüssende Freiheitsstrafe nur der leidige Prätext, dessen man glaubte sich bedienen zu müssen, um jene Ueberzeugung in Ausübung zu setzen. Einen Prätext hielt man für nothwendig, weil man das neue Testament als Gesetzgebung hinsichtlich der Ehescheidungen ansah, der Prätext, den man sich aussann, war eine unhaltbare Anologie zwischen vier Jahre Freiheitsstrafe und malitiosa desertio und also, um der Haltungslosigkeit des Verfahrens die Krone aufzusetzen, ein nicht von dem neuen Testamente sanctionirter Scheidungsgrund. Würfe man diesen Prätext weg, was thäte man anders als eine bereits von der Praxis anerkannte Rechtswahrheit von dem ihr beigemischten handgreiflichen Irrthum zu befreien, dessen Festhaltung nimmermehr verstattet mit den Scheidungen wegen Verbrechen zu einem sicher leitenden Principe zu gelangen. Denn es kann der Ehegatte Lucius und ein andrer Titius,

te dem Manne das Leben mit ihr so zur Hölle zu machen, dass er zu allem und jedem sich entschliessen muss, was dem Weibe einen gesetzlichen Scheidungsgrund an die Hand giebt. Noch viel leichter ist es dem Manne die Frau zur malitiosa desertio durch Mittel zu zwingen, deren kein einziges den gethanen Schritt in des Richters Augen rechtfertigt oder diesem auch nur ersichtlich wird. Allerdings hat unser Eheprozess diese Möglichkeit nicht zu verantworten, wohl aber hat er es zu verantworten, dass solche Verhältnisse dem Richter zu fern bleiben, als dass er sie wahrnehmen könnte, dass sie ungeahndet bleiben müssen, während, wenn unsre richterliche Cognition anders als sie es ist im Eheprozesse organisirt wäre, oft dergleichen Umtriebe sich an das Licht ziehen und in der Sprache Luthers zu reden, Meister Hansen zur gebührenden Züchtigung überweisen liessen.

einer wie der andre, obschon wegen unterschiedener strafbarer Handlungen zu vierjähriger Strafe eingesperrt werden, und Lucia es unvereinbar mit ihrem Gewissen finden die Ehe fortzusetzen, Titia hingegen, ist sie gewissenhaft, nunmehro nur noch unauflöslicher sich an den Titius gebunden fühlen, und somit, wenn in einem und in dem andern Falle auf Scheidung erkannt wird, in dem einen die Aufrechthaltung, in dem andern die gröbliche Verletzung des einzig sicher leitenden Principes eintreten, um Verbrechen willen darf, aber auch nur dann darf um ihretwillen die Ehe geschieden werden, wenn die Fortsetzung der Ehe als verletzend für des unschuldigen Theiles Gewissen zu erachten ist.

Beilage A.

Nach den Untersuchungsacten, so wie nach dem darin enthaltenen Geständnisse ist die Beklagte seit dem Jahre 1807 zu sieben verschiedenen Malen wegen verübter Diebstähle und Betrügereien zur Untersuchung und Strafe gezogen worden. Nachdem sie im Jahre 1837 acht Wochen Gefängniss und vom 21. Octbr. 1837 bis dahin 1838 1 Jahr Zuchthaus verbüsst hatte, ward sie schon am 21. Novbr. 1838 wieder zur Haft gebracht und mit 6 Wochen Gefängniss belegt, welche sie bis zum 10. Januar 1839 verbüsste. Die fernere Verhaftung und Untersuchung begann am 8. Juli 1839 und hatte ebenfalls 6 Wochen Gefängniss vom 28. Januar bis zum 9. März 1840 zur Folge, nachdem sie vorher vom 8. Juli 1839 an mit Ausnahme der wenigen Tage vom 21. Septbr. bis 10. Octbr. gegen 6 Monate lang Untersuchungshaft erlitten hatte. Sofort am Tage ihrer Entlassung am 9. März 1840 entwendete die Beklagte mehreren auf dem Markte feilhaltenden Handelsleuten Waaren, ward arretirt und hatte vom 9. März 1840 bis zum 13. August 1841 5 Monate Untersuchungshaft und ein Jahr Arbeitshaus zu erleiden. Sehr bald nach ihrer Rückkehr aus der Strafanstalt verübte sie wiederum einen Marktdiebstahl, ward am

29. Octbr. 1841 gefänglich eingezogen, während der Untersuchung gegen $3\frac{1}{2}$ Monate detinirt und mit 8 Monaten Arbeitshaus belegt, welche sie vom 13. Febr. 1842 an bis zum 13. Octbr. 1842 verbüsste. Nur ein kurzer Zeitraum verging, bis die Beklagte, abermals wegen Marktdiebstahles eingeliefert, über 4 Monate, vom 28. December 1842 bis zum 8. Mai 1843 in der Untersuchungshaft behalten und bis zum 8. Januar 1844 mit 8. Monaten Arbeitshaus bestraft wurde. Die Beklagte hat also

1 Jahr Zuchthaus

2 Jahre 4 Monate Arbeitshaus und

20 Wochen Gefängniss,

mithin zusammen 3 Jahr und ziemlich 9 Monate Freiheitsstrafe und überdies gegen 1 Jahr und 8 Monate Untersuchungshaft erlitten, so dass ihr während eines Zeitraumes von etwa $6\frac{1}{2}$ Jahren überhaupt 5 Jahre 5 Monate lang in Folge von ihr verübter Verbrechen die Freiheit entzogen gewesen ist. Zugleich geht aus den Untersuchungsacten hervor, dass, wenn die Beklagte auch in den kurzen Zwischenzeiten zu ihrem Ehemanne zurückgewiesen ward, dieselbe doch während dieser Intervallen nicht fortwährend bei ihm geblieben ist und ein gehöriges eheliches Zusammenleben durchaus nicht statt gefunden hat. So wie ferner die Beklagte in den gegen sie ergangenen Untersuchungsacten als eine allgemein bekannte und berüchtigte Diebin bezeichnet wird, so enthalten dieselben auch über ihre Gemüthsart im Allgemeinen Nachweis und specielle Schilderungen, welche die Hoffnung nicht aufkommen lassen, es werde die Beklagte dieses bei ihr eingewurzelte Laster des Stehlens ablegen und eines solchen Benehmens sich bestreben, wie es zu dem Zusammenleben eines christlichen Ehepaars nöthig ist. Auch erscheint die Versicherung des Klägers, dass er, dafern er seine diebische Ehefrau bei sich aufnehmen müsste, kein angemessenes Unterkommen als Gärtner finden könne, glaublich.

Der Gewährung des auf diese thatsächlichen Verhältnisse gestützten fernerweiten Gesuches des Klägers um Trennung der zwischen ihm und der Beklagten bestehenden Ehe stehen die rechtlichen Vorschriften keineswegs entgegen.

Nach dem früheren Gerichtsbrauche
(Weber, Darstellung des Kirchenrechts Th. II. Abth. III. §. 131. S. 1270 flg.)

nahm man zwar an, dass nur eine vierjährige oder längere Zuchthausstrafe den Antrag auf Scheidung begründe, indem die Freiheitberaubung auf einen so langen Zeitraum ebenso wie die bösliche Verlassung die Erreichung des hauptsächlichsten Zweckes der Ehe, das eheliche Zusammenleben, vereitle und dies durch die Schuld des verbrecherischen Ehetheiles herbeigeführt werde. Nothwendig musste die seit dem Jahre 1838 eingetretene Veränderung in der Criminalgesetzgebung und die Beobachtung der praktischen Ergebnisse derselben auch eine Modification bei Anwendung des beregten Ehescheidungsgrundes zur Folge haben. Wenn nun schon fortwährend die Analogie der Quasidesertion im Auge zu behalten und eine mindestens vierjährige Dauer der Freiheitsstrafen zur Begründung des Scheidungsantrages für erforderlich zu achten ist, so kann doch auf die Art der Strafen ein Unterschied nicht mehr gesetzt werden und es ist hierbei ausser der Zuchthausstrafe nicht blos das Arbeitshaus, sondern auch die Gefängnisstrafe, als welche nach der neueren Gesetzgebung ebenfalls eine lange Dauer erhalten kann, in Anschlag zu bringen.

Darin, dass derjenige Theil der Strafe, welcher vor der Ehescheidung durch rechtliches Erkenntniss oder Begnadigung erlassen wird, nicht in Aufrechnung kommen könne, hat man der vorigen Instanz beizupflichten.

Obwohl eine Zusammenrechnung mehrerer in Folge verschiedener successiv verhangener Untersuchungen erlittenen und beziehentlich angeordneten Freiheisstrafen sich in der Regel als unzulässig darstellen wird, so kann sie doch ausnahmsweise nach richterlichem Ermessen unter solchen besondern Umständen geschehen, wo, wie dies hier der Fall ist, die neue Untersuchung oder der Anlass dazu, sofort oder doch sehr bald auf die Beendigung der vorigen Strafverbüssung folgte, und in der kurzen Zwischenzeit kein dem Ehezwecke entsprechender Zustand hergestellt worden war.
Erhebliche Zweifel könnten dagegen darüber erregt wer-

den, ob auch auf die Untersuchungshaft Rücksicht genommen werden dürfe.

Abzusehen hat man hierbei zuvörderst davon, dass dies in früherer Zeit nicht geschehen ist, indem man da überhaupt blos das Zuchthaus und nicht auch das Gefängniss berücksichtigte, obwohl damals überdies die seit der Publication des Criminalgesetzbuches wegfallende Detention im Zuchthause bis zu Ausführung der Unschuld, dafern ein dreijähriger Zeitraum verflossen war, den Antrag auf Scheidung begründete.

Vergl. Weber am a. O. S. 1273.

Offen liegt es demnächst vor, dass die Erreichung der Ehezwecke durch die bei Vollstreckung einer wirklichen Strafe eintretende Freiheitentziehung und Störung des ehelichen Zusammenlebens in nicht höherem Grade, als durch die Verwahrung eines moralisch herabgesunkenen oder dem Gemeinwohl gefährlichen Subjectes in der Correctionsanstalt und durch die Detention während der Untersuchung aufgehoben wird, und dass dies durch letztere sogar noch mehr geschieht, als durch die Vollstreckung einer Strafe im Gefängnisse des Wohnorts. Lässt es sich nun auch nicht verkennen, dass eine unbedingte Gleichstellung der Untersuchungshaft mit der Strafvollstreckung schon wegen des im

Crim. Ges. Buch Art. 63.

ausdrücklich vorhergesehenen Falles, dass möglicherweise eine Untersuchungshaft ohne Schuld des Detinirten verhangen oder verlängert werden kann, nicht zu billigen sein würde, so fehlt es doch an einem hinreichenden Grunde, weshalb nicht nach Befinden der eintretenden Umstände und insonderheit da, wo die Detention lediglich eine nothwendige nachtheilige Folge des Verbrechens und des Verhaltens des Verbrechers bei der Untersuchung ist, bei dem Scheidungsgesuche wegen Behinderung der Erreichung der Ehezwecke durch die in Folge verübter Verbrechen angeordnete Entziehung der persönlichen Freiheit des einen Ehetheiles auch auf die von diesem selbst herbeigeführte Untersuchungshaft eben so Rücksicht genommen werden sollte, wie dies bei der Verwahrung in Correctionsanstalten geschieht. Die Beilageacten aber zeigen, dass nicht nur die Verhaftung der Beklagten lediglich ihr selbst

zur Last fällt, sondern dass auch durch ihr beharrliches Leugnen, durch unwahres Vorbringen und überhaupt durch ihr Benehmen in allen Untersuchungen eine bedeutende Verlängerung der Detention herbeigeführt worden ist. Erwägt man hierbei noch, dass, wenn schon das Verbrechen des Diebstahls nicht zu denen gehört, welche selbständig eine Scheidungsklage begründen, doch derselbe Grund, aus welchem unter gewissen Voraussetzungen ein hoher Grad der Trunksucht zu einem Scheidungsantrage Anlass geben kann, unverkennbar auch auf den Fall des unverbesserlichen Hanges zum Stehlen Anwendung leidet, und dass, wie oben nachgewiesen ward, die Beklagte sich dem Laster des Stehlens im hohen Grade hingegeben hat, so konnte es, in dessen allen Betracht, kein Bedenken haben, dem Antrage des Klägers auf Scheidung statt zu geben und die Gestattung der anderweiten Verehlichung nur auf ihn, als den an der Scheidung unschuldigen Theil zu beschränken.

X.

Ueber der Eltern verweigerte Einwilligung zu Verheirathung der Kinder und nach Befinden obrigkeitlichen Amtswegen erfolgende sogenannte Supplirung des elterlichen Consenses.

§. 1.

Allgemeine Bemerkungen zu der in der Beilage unter A. mitgetheilten Entscheidung.

Eine wichtige, in die sächsische Eherechtspraxis einschlagende Frage ist in vorstehendem Aufsatze besprochen; eben dahin schlägt auch die in dem gegenwärtigen behandelte Materie ein; doch ist selbige nur von geringerer praktischer Wichtigkeit. Die Umstände nämlich, unter welchen Kinder klagend gegen die Eltern um deswillen auftreten, weil zu einer von ihnen beabsichtigten Verheirathung letztere die Einwilligung verweigern, sind meistens so gestaltet, dass einer oder der andre Theil lieber nachgiebt, um nur die Sache nicht zu Entscheidung des Gerichts gedeihen und auf diese Weise das Zerwürfniss eine Höhe erreichen zu lassen, in welcher dasselbe zu einem lebenslänglich unheilbaren zu werden droht; auch pflegen meistens anderweite Interessen die Kinder zur Nachgiebigkeit zu zwingen und wo der Art Interessen nicht obwalten, haben gewöhnlich die Eltern kein Interesse den Widerspruch aufs Aeusserste zu treiben. Denn zu einer Ehe, welche in der That nur der verkehr-

ten Leidenschaftlichkeit möchte wünschenswerth scheinen, können die Eltern, wie ohne Verletzung eines eignen Interesses, so auch ohne Verletzung des Gewissens die Einwilligung insofern ertheilen, als eine Person, die einmal hartnäckig entschlossen ist, eine höchstbedenkliche Ehe einzugehen, kaum hoffen lässt, sie werde je sich glücklich verbinden. Wer den Abgrund, in den er sich zu stürzen mit sehenden Augen trachtet, einmal nicht wahrnimmt, verräth überhaupt keine Anlage, mit Besonnenheit und Ueberlegung seine Lebensverhältnisse befriedigend zu gestalten. Kämen aber auch die Fälle, wo es sich um Supplirung des elterlichen Consenses in Betreff der Kinderverheirathung handelt, noch seltner vor, als sie in der That immer noch vorkommen, dessenungeachtet würde der vorstehende Aufsatz es angemessen machen auch den gegenwärtigen mitzutheilen.

Die in der angehängten Beilage mitgetheilten Entscheidungsgründe sind bestimmt ein Urthel zu rechtfertigen, in welchem das O. A. Gr. aussprach: begründet sei die Weigerung einer Mutter in die von dem Sohne beabsichtigte Verheirathung einzuwilligen.

Hierbei ist man von folgenden Ansichten ausgegangen:

1) Nicht nur des Vaters, sondern auch der überlebenden Mutter Consens ist nothwendig und es wird diese Nothwendigkeit nicht aufgehoben durch irgend eine besondere Modification des Verhältnisses zwischen Sohn und Mutter.

2) Die Frage, ob der Consens habe verweigert werden dürfen und also auch nicht richterlichen Amtswegen zu suppliren sei, verstattet schlechterdings keine Normirung nach im Voraus festgestellten abstracten Prämissen. Hier ist entscheidend einzig und allein das Concrete der in Frage gestellten Verhältnisse und von keiner andern Ueberzeugung darf der Richter sich leiten lassen, als von der: nicht dürfe er den Consens Amtswegen suppliren, dafern an der Eltern Stelle auch er selbst ihn verweigern würde, gehalten wäre diese Verweigerung für eine Gewissensache anzusehen, was der Fall ist, sobald menschlichem Ansehen nach, die Ehe nicht anders als unglück-

lich ausfallen kann. Die unbestimmte Relativität des Begriffes einer unglücklichen Ehe wird auf ein bestimmtes Kennzeichen zurückgeführt, sobald man nicht umhin kann, mit Ja auf die Frage zu antworten, ob zu erwarten stehe, dass der Vollziehung der Ehe Reue und der Versuch folgen werde, die eheliche Verbindung wieder aufzulösen.

Diese Ansichten scheinen empfehlenswerth in mehrfacher Hinsicht. Erstlich legt darin im Allgemeinen sich dar, die Praxis hat die Tendenz eheliche Verhältnisse nicht nach abstracten Voraussetzungen zu beurtheilen, sondern sobald sie sich nicht die Hände durch ihre eignen Präcedenzien gebunden hat, will sie dem Concreten, dem Individuellen des gegebenen Falles die überwiegend entscheidende Berücksichtigung angedeihen lassen, die hier eben so nothwendig ist, als sie in andern, eigentlich so zu bennenden civilrechtlichen Processen würde verwerflich sein. Nachdem jene Tendenz einmal in einer Beziehung des Eherechts sich deutlich kund gegeben, die Praxis ein solches Bedürfniss anerkannt und diesem Anerkenntnisse Folge gegeben hat, steht zu erwarten, die nämliche Tendenz werde mehr und mehr sich Raum machen*).

Zweitens: in Fällen der bemerkten Art das Urtheil anders zu normiren, als es geschieht, indem man das oben unter Num. 2. bemerkte Verfahren in Anwendung setzt, das ist unmöglich. Jede im Voraus gegebene nähere Bestimmung des Urtheils würde sich als die grösste Unzweckmässigkeit erweisen. Denn sie müsste von den Persönlichkeiten absehen und unbedingt gewisse factische Verhältnisse als solche bezeichnen, welche den Eltern das Recht ertheilten, die Verheirathung der Kinder zu verbieten und eben dadurch alle andere, nicht in jene Ka-

*) Indess um so viel möglich den unverdienten Vorwurf abzuwenden, als habe man nicht fleissig genug sich gehütet die Praktiker in Irrthum über die Zuverlässigkeit einer Praxis zu versetzen, sei hier bemerkt, dass, wie dies auch aus der Beilage erhellt, die vorstehend unter Num. 2. aufgestellten Ansichten nicht früher als in den mitgetheilten Entscheidungsgründen sind bestimmt ausgesprochen worden und in eben der Sache, in welcher man sie gegeben, den Klägern, dem Sohne und seiner Braut, die Berufung auf anderweites Erkenntniss der höchsten Instanz offen stand.

tegorie fallende Verhältnisse zu solchen stempeln, die jenes Recht nicht ertheilten. Niemand aber wird verkennen, dass unter gleichen Verhältnissen gewisse Personen sich sehr glücklich, andre hingegen überaus unglücklich verheirathen werden. Demnach würden dergleichen Bestimmungen zur Folge haben, dass man bald den elterlichen Consens suppliren und somit obrigkeitlichen Amtswegen Verheirathungen als vernünftige anerkennen müsste, deren Unvernünftigkeit Niemand ableugnen könnte, bald die Verweigerung des elterlichen Consenses aufrecht erhalten, obschon der Kinder Entschluss reiflich erwogen, wohl aber die Verweigerung des elterlichen Consenses nur aus Eigensinn und Laune statt fand. So ist z. B., um einen Fall der ersteren Art anzuführen, es vorgekommen, dass während des Brautstandes der Bräutigam die Verlobte geschlagen hatte, diese aber um nichts weniger entschlossen war, die Ehe zu vollziehen, jedoch nunmehr die Eltern den Consens verweigerten und der gegenseitig Versprochenen Klage auf Supplirung des Consenses abgewiesen wurde. Ohne Weiteres aber sieht man, der Kläger Stand und der Vorfall, wodurch die Züchtigung war veranlasst worden, konnten von der Art sein, dass jener Thätlichkeit ungeachtet keine unleidliche Ehe zu besorgen war.

Wir werden weiter unten sehen, wie die Rechtslehrer, indem sie in vorliegender Beziehung anerkannt, hier müsse richterliches Ermessen eintreten, zugleich aber auch versucht dies Ermessen von generalisirenden Vorausbestimmungen abhängig zu machen, in ein gänzlich unbefriedigendes Durch- und Gegeneinanderreden gerathen sind, welches der beste Beweis für die Empfehlungswürdigkeit der unter Num. 2. entwickelten Ansicht ist. Indess ehe wir weiter ein Wort über die Gründe sprechen, aus welchen Eltern berechtigt oder nicht berechtigt sein können, die Einwilligung in der Kinder Heirath zu verweigern, ist es nöthig vor allen Dingen die Frage zu beantworten, warum denn nun eigentlich der elterliche Consens nöthig oder doch dessen Nothwendigkeit so unbedingt ist angenommen worden, dass, wenn er verwei-

gert wird, jedoch aus Gründen, welche dem Richter nicht einleuchten, dieser an der Eltern Stelle tritt. So lange diese Frage unbeantwortet bleibt, gelingt es nicht vollständig die Haltungslosigkeit anschaulich zu machen, die über die Supplirung des elterlichen Consenses in den Schriften der Kirchenrechtslehrer obwaltet.

§. 2.

Von der Gesetzgebung und der Praxis abstrahirende Ansichten der Nothwendigkeit des elterlichen Consenses.

Die elterliche Einwilligung als unbedingtes Requisit einer Ehe zwischen Personen, die noch Eltern am Leben haben, bietet sofort eine sehr bedenkliche Seite.

Denken wir uns Söhne, die bereits in dem Alter stehen, wo Charakter und Lebensansichten müssen entwickelt und ausgebildet sein, sollen vorauszusetzender Weise dieselben nicht lebenslänglich unbefestigt bleiben, und zudem, Söhne, welche sich in durchaus selbstständigen Verhältnissen befinden, so scheint es befremdend, dass sie an einen Willen, der nicht der ihrige ist, an den sie in keiner andern bedeutendsten oder unbedeutendsten Hinsicht gebunden sind, nur in dieser einzigen, wichtigsten sollen gebunden sein. Noch befremdender wird die Nothwendigkeit, insofern sie nach des Vaters Tode sich auf die Person der Mutter überträgt. Keinesweges kann als Grund dafür die kindliche Pietät gelten, welche von selbst lebendig genug sein sollte, um das Bedürfniss zu empfinden, sich nicht ohne des Vaters oder der Mutter Einwilligung zu verheirathen. Denn je höher und heiliger eine solche Pflicht zu stellen ist, um so reiner hat man ihr Gebiet vor allen in dasselbe hineingezogenen Zwangsmaassregeln zu halten. Dem selbstständigen Sohne es zu überlassen, wieviel Einfluss bei der Wahl seiner künftigen Gattin er den elterlichen Ansichten verstatten wolle, das gäbe, betrachtet man das Verhältniss vom Gesichtspunkte der Pietät aus, weit weniger Anlass zu Aergerniss, als processualische durch alle Instanzen hindurchgetriebene Verhandlungen darüber, ob die Eltern aus

Unverstand oder bösem Willen eine Einwilligung verweigern, die des Sohnes erzwungene Pietät von ihnen zu erzwingen sucht. Nimmt man aber einmal an, auch des selbstständigen Sohnes Verheirathung hängt von der väterlichen oder mütterlichen Einwilligung ab, alsdann traut man auch den Eltern, wenigstens scheint es so, ein sichereres Urtheil hinsichtlich des Angemessenen der Heirath als dem Sohne zu. Wird nun in das Urtheil der Eltern so grosses Vertrauen gesetzt, so ist es schwer abzusehen, wie der Richter sich zutrauen mag, nur ein mässiges Actenstück brauche zusammengeschrieben zu sein, damit er ein noch zuverlässigeres Urtheil ausübe.

Denken wir uns andrerseits einen Sohn, dessen Alter nicht verstattet, Selbstständigkeit des Charakters vorauszusetzen, dessen ganze äussere Lage und Verhältnisse unselbstständig und von den Eltern abhängig sind, so kann von einer Umgehung der elterlichen Einwilligung kaum, von einer Supplirung derselben aber nie die Rede sein. Denn welcher Richter möchte es sich beikommen lassen den Eltern Bestreitung der Kosten eines ihnen missfälligen Hausvaterstandes des Sohnes anzusinnen? und wenn letzterem verblendete Leidenschaft den Entschluss eingäbe, zu heirathen und dann die Selbstständigkeit zu versuchen, so dürfte einem solchen Beginnen offenbar in keinem Falle Vorschub von dem Richter geschehen.

Nach Obigem würden aus der Abhängigkeit von den Eltern noch nicht emancipirte Söhne unbedingt nie ohne Einwilligung der Eltern heirathen dürfen, hingegen unbedingt ohne diese Einwilligung Söhne, die nicht in jener Abhängigkeit stehen.

Eben so würde es zu halten sein, wenn sich Töchter verheirathen wollten, welche, was in heutigen Verhältnissen immer häufiger wird, in eine von den Eltern unabhängige oder doch dieser Unabhängigkeit vollkommen fähige Stellung getreten sind. Vorzugsweise solche Fälle sind es, wo die Nothwendigkeit des elterlichen Consenses Anlass zu den ärgerlichsten Streitigkeiten

über Supplirung desselben giebt, indem Eltern, deren Interesse es mit sich bringt, Töchter in der Gewalt zu behalten, die ein wünschenswerthes Einkommen beziehen, häufig allen Scharfsinn aufbieten, um für die verweigerte Einwilligung irgend einen anscheinend ausreichenden Grund anzugeben.

Eine solche Praxis dürfte nach dem, was darüber bemerkt worden, vernünftig und zweckmässig sein. Ueberdem brächte sie noch den besonderen, keineswegs zu verachtenden Vortheil, den Process um eine seiner zahlreichen Gattungen ärmer zu machen, um den Process über verweigerte und darum von Amtswegen zu supplirende elterliche Einwilligung in Verheirathung der Kinder. Der Mühe werth ist es, sich einen rechtshistorischen Ueberblick der Momente zu verschaffen, wodurch in unsrer Praxis die in Frage gezogene Materie auf einen andern Standpunkt ist gebracht worden.

§. 3.

Das röm. Recht in der angegebenen Beziehung.

Das römischjustinianeische Recht stellt den Satz auf: — pr. I. de nuptiis (l. 10.) — ausser gegenseitiger Einwilligung werde zur Verheirathung erfordert, ut masculi puberes, feminae viri potentes sint, dumtamen si filii familias sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Demnach ist unbedingt, unbedingt ohne alle Ausnahme, also dass ausserdem die Ehe ungültig bleibt*), nöthig die Einwilligung des Vaters in dessen Gewalt die Kinder sich befinden, keine Rede aber von einem solchen Erfordernisse, wenn die Kinder nicht mehr unter väterlicher Gewalt stehen. Es leuchtet von selbst ein, dass jener Ausspruch kein Erzeugniss des Justinianeischen oder überhaupt neueren röm. Rechtes ist, sondern in der Strenge der urältesten röm. patria po-

*) l. 2. de ritu nupt. — 23. 2. — nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt. l. 18. cod.

testas wurzelt *). Ich glaube aber ungeachtet der Eigenthümlichkeit des Grundes, worauf sonach jener Ausspruch beruht, darf man behaupten, indem das Justinianeische Recht sich zu diesem Satz bekennt, ist dasselbe hinsichtlich der Eltern Einwilligung in der Kinder Verheirathung im Wesentlichen ganz auf den Standpunkt gestellt, worauf auch das heutige Recht in gedachter Beziehung zu erblicken, nach den obigen Bemerkungen — m. s. S. 327—329 erwünscht wäre. Denn der römische filiusfamilias, d. h. der Sohn, welcher nicht ausdrücklich war von dem Vater der väterlichen Gewalt entlassen worden, konnte in den öffentlichen Verhältnissen vielleicht eine bedeutende Rolle spielen, dessenungeachtet musste die Privatverhältnisse und Vermögensangelegenheiten betreffend seine Lage so ziemlich der eines jungen Menschen gleich bleiben, den wir in factischer Abhängigkeit von den Eltern sehen, weil er nicht im Stande ist im Staatsdienste oder auf dem Wege der Industrie sich ein selbstständiges Auskommen zu verschaffen. Diese Gleichheit der Lagen ging daraus hervor, dass bis spät herab der röm. Bürger das Subject war, auf welches in letzter Beziehung alle Rechtsinstitute ausliefen und wie der röm. Bürger alles, was wir Industrie nennen, abseits liegen liess, als eine Beschäftigung für Sklaven, Freigelassene und überhaupt dienstbar untergeordnete Personen, so konnten zwar öffentliche Aemter das Mittel zum Erwerbe grösster Reichthümer werden, allein die Vorstellung bezahlter und so den Lebensunterhalt sich verdienender Staatsdiener blieb eine von der Bildung des röm. Rechtes ausgeschiedene. Somit war es nothwendig, dass der filiusfamilias, indem er in der patria potestas stand, sich auch in den privatrechtlichen d. i. in den Vermögensverhältnissen in factischer Abhängigkeit

*) Nach älterem Rechte musste der filius fam. sich verheirathen, wie der Vater wollte. Die Spur davon in 1. 12. C. de nuptiis. — 5. 4. — nec filium quidem familias invitum ad uxorum ducendam cogi, legum disciplina permittit. Fast unbeschränkt blieb diese Gewalt hinsichtlich der Töchter 1. 12. §. 1. de sponsalibus — 23. 6. — tunc autem solum a patre dissentiendi licentia filiae conceditur, si indignum moribus, vel turpem sponsum ei pater eligat.

1. 13. filiofamilias dissentiente sponsalia ejus nomine fieri non possunt.

von dem Vater erblicken musste, woraus denn folgt, dass der Ausspruch des röm. Rechtes: Söhne unter väterlicher Gewalt können nur mit des Vaters Einwilligung sich verheirathen, in der praktischen Anwendung eben soviel bedeutete als: die äusseren Bedingungen einer selbstständigen Existenz sind auch die Voraussetzung, unter der ein Sohn sich ohne des Vaters Einwilligung verheirathen darf, wo jene fehlen, da ist die Einwilligung des Vaters unerlässlich. Daher dünkt mich, genau das Nämliche, was in vorliegender Beziehung mir das Angemessenste scheint, hätte das röm. Recht sanctionirt, wenn es einen Schritt über den rein juristischen Begriff der patria potestas hinausgethan und gesagt hätte, wo Sohn oder Tochter sich zu der Mutter in die gleiche Abhängigkeit gestellt sehen, in welche hinsichtlich seiner Vermögensverhältnisse der nicht emancipirte Sohn zu dem Vater gestellt ist, da ist zu der Verheirathung die Einwilligung der Mutter nothwendig *).

Noch ist in diesem Zusammenhange Folgendes bemerkenswerth: dass so lange die patria potestas etwas in ihrer Strenge dem röm. Rechte Eigenthümliches war, nichts der heutigen Supplirung des elterlichen Consenses gleiches oder nur ähnliches den Römern konnte bekannt

*) Bemerkenswerth sind in dieser Beziehung die Worte, in denen Justinian den Grund des eben mitgetheilten Ausspruches angiebt: nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet in tantum, ut jussus parentis praecedere debeat. Wenn die naturalis ratio einen Grund für die Nothwendigkeit der väterlichen Einwilligung herstellen soll, so erkennt, nach den Vorstellungen, die mit naturalis ratio oder jus gentium das röm. Recht verbindet, selbiges nothwendig an, so werde es überall gehalten, wo wir die Kinder in der Abhängigkeit von dem Vater erblicken. Das ist aber aller Orten der Fall so lange, als sich die Kinder keine selbstständig Existenz verschafft haben.

Uebrigens enthält die Stelle in den Worten: ut jussus parentis praecedere debeat antiquirtes Recht. Bevor Justinian der Ratihabition vollständige retrotractive Kraft beilegte (l. 1. pr. C. ad SC. Macedon. — 4. 28. — u. l. 25. C. de donat. int. V. et U. — 5. 16. — „sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad alia reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt"), waren die vor der väterlichen Ratihabition der Ehe aus selbiger geborenen Kinder illegitime. M. s. G. L. Boehmer El jur. civ. Exercit. XVI. §. 21. u. 22.

werden, bedarf keiner Demonstration; auch ergiebt sich aus dem, was oben über die grössere factische Abhängigkeit von dem noch lebenden Vater gesagt ist, worin zufolge anders als die heutigen gestalteter Lebensverhältnisse ein Mann selbst zur Zeit des späteren römischen Kaiserthumes sich befinden konnte, dass auch in dieser späteren Zeit jene Consenssupplirung der Jurisprudenz unbekannt blieb. Jedoch es giebt ein Verständniss des Corpus Juris, das bereits in diesem schon gedachte Supplirung findet. Leicht ist es das Unbegründete einer solchen Annahme nachzuweisen. Dass die von Justinian selbst herrührende, ältere Constitutionen zu vervollständigen bestimmte l. 25. C. de nuptiis (5. 4.)*) keine Spur von so etwas enthalte, das scheint mir sollte jedermann von selbst einleuchten. Eben so verhält es sich aber auch mit den in l. 19. de ritu nupt. (23. 2.) erwähnten, bedeutend früheren gesetzlichen Vorschriften.

Capite trigesimo quinto legis Juliae, qui liberos, quos habent in potestate, injuria prohibuerint ducere uxores, vel nubere, vel qui dotem dare non volunt, ex Constitutione Divorum Severi et Antonini per Proconsules Praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare, et dotare; prohibere autem videtur, et qui conditionem non quaerit.

Die l. Julia nämlich und alle an dieselbe sich anschliessende nachfolgende Verordnungen hatten die Beförderung der Ehen als ein Mittel im Auge, wodurch die

*) Si furiosi parentis liberi, in cujus potestate constituti sunt, nuptias possint contrahere, apud veteres agitabatur. Et quidem filiam furiosi marito posse copulari, omnes paene juris antiqui conditores admiserunt; sufficere enim putaverunt, si pater non contradicat. In filio autem familias dubitabatur. Et Ulpianus quidem retulit constitutionem Imperatoris Marci, quae de furioso non loquitur, sed generaliter de filiis mente captis, sive masculi sive feminae sint, qui nuptias contrahunt, ut hoc facere possint etiam non adito principe, et aliam dubitationem ex hoc emergentem, si hoc, quod in demente constitutio induxit, etiam in furiosis obtinendum est, quasi exemplo mente capti et furiosi filios adjuvante. His itaque dubitatis, tales ambiguitates decidentes sancimus, hoc repleri, quod divi Marci constitutioni deesse videtur, ut non solum dementis, sed etiam furiosi liberi cujuscunque sexus possint legitimas contrahere nuptias, tam dote quam ante nuptias donatione a curatore eorum praestanda etc.

öffentlichen Zustände sollten verbessert werden. Bei uns fällt diese Rücksicht weg. Wir sehen die Verweigerung des väterlichen Consenses nicht für etwas an, das einem öffentlichen Interesse könnte entgegenlaufen, sondern für etwas, das widerwärtigen Störungen der Privatverhältnisse, unglücklichen Ehen, Misshelligkeiten zwischen den Häusern der Eltern und der Kinder vorbeugen kann. Bei so völlig auseinander gehenden Ansichten lässt sich an keine Gleichstellung der davon bedingten Rechtsinstitute denken.

§. 4.

Das Kanonische Recht in gleicher Beziehung.

Um der bessern Uebersicht willen stelle ich das aus einschlagenden Stellen des kan. Rechtes sich ergebende Resultat voran und lasse weiter unten die Belegstellen folgen. Ursprünglich erachtete auch das kan. Recht der Eltern Einwilligung als ein unerlassliches Requisit der von den Kindern beabsichtigten Verheirathung. Allein die Vorstellung von einer sacramentalen Beschaffenheit des Ehebündnisses — umständlich ist darüber im vorhergehenden Aufsatze gesprochen worden — führte dahin, dass man um der Unauflösbarkeit des Sacraments willen auch die ohne elterliche Einwilligung geschlossenen Ehen für gültig eingegangen ansah, die ermangelnde elterliche Einwilligung kein impedimentum dirimens blieb, sondern impediens tantum ward. Wenn nun aber das kan. Recht fast durchaus nur davon spricht, die Töchter dürften sich nicht verheirathen ohne Einwilligung der Eltern, so liess es unverkennbar den rein juristischen Begriff der patria potestas fallen und fasste nur die factische Abhängigkeit ins Auge, in welcher ein Kind zu dem Vater oder auch der überlebenden Mutter so lange steht, als es sich keine von den Eltern unabhängige Existenz verschafft, die im Mittelalter Töchter, welche sich nicht in das Kloster begaben, nur durch die Verheirathung erlangten. Fast nirgends wird in gleicher Beziehung der Söhne gedacht; unstreitig weil diese entweder in factischer Un-

abhängigkeit von den Eltern bereits vor der Heirath stehen, oder, wenn dies nicht der Fall wäre, ohnehin an eine Verheirathung gegen der Eltern Willen noch weniger denken können, als die Töchter, welche, indem sie das väterliche Haus als Neuverheirathete verlassen, sich die Stütze, die sie bisher an Vater und Mutter hatten, in der Person des Mannes wiedergegeben finden. Verhält es sich also, dann sollten wir Protestanten, insofern wir das kan. Recht als ein Gesetzbuch in den Punkten gelten lassen, in denen wir nicht durch eine entgegenstehende kirchliche Dogmatik hieran behindert sind, eben sowohl nach kan. wie nach röm. Rechte uns zu denjenigen Grundsätzen bekennen, die mir hinsichtlich der Eltern Einwilligung in Verheirathung der Kinder die angemessensten scheinen, diese Einwilligung unbedingt und ohne dass sie ausnahmsweise entbehrlich und obrigkeitlichen Amtswegen könnte supplirt werden, in alle den Fällen erfordern, wo ein Sohn oder eine Tochter sich verheirathen will, jedoch des heirathsfähigen Alters ungeachtet in der nämlichen Abhängigkeit von den Eltern steht, die naturgesetzmässiger Weise vor Eintritt jenes Alters statt zu finden pflegt.

§. 5.

Weitere Betrachtung des kanonischen Rechtes in vorliegender Beziehung.

Die Meinung, der das kan. Recht zum grossen Theil nur als Inbegriff derjenigen Modificationen erscheint, die unter dem Einflusse der geistlichen Gewalt das röm. Recht erfahren, bedarf selbst, um richtig zu sein, bedeutender Modificationen. Unrichtig ist sie jedenfalls, insoweit sie von der Annahme ausgeht, es habe das kan. Recht sich also wie geschehen in Folge irgend einer Ueberzeugung gestaltet, das röm. sei Quelle objectiven Rechtes und als Legislation zu beobachten, insoweit nicht die Machtvollkommenheit einer jüngeren, hierzu für berufen angenommenen Autorität jener Rechtsquelle derogire. Dies im Allgemeinen hier näher auszuführen und dabei zu zeigen, dass im Wesentlichen und Hauptsächlichen die germani-

schen Rechtsansichten der Stoff sind, an dem das kan. Recht sich entwickelt hat, in Folge dieses Entwicklungsganges aber das kan. Recht nur mittelbar, nicht unmittelbar ein dem röm. derogirendes geworden ist, das würde zu weit führen. Darum werde hier nur in besonderer Hinsicht auf die vorliegende Materie nachgewiesen, dass es gewiss irrig ist, wenn man annimmt, von den allerersten Zeiten an, wo die kirchlichen Autoritäten auch Autoritäten für den Rechtszustand geworden, habe dies Verhältniss die Folge gehabt, dass man in Beziehung auf der Eltern Einwilligung in die Verheirathung der Kinder das röm. Recht als Gesetz befolgt, was J. H. Boehmer *) mit folgenden Worten behauptet: praxin antiquam ecclesiae a legibus civilibus haud abhorruisse; testis est Tertullianus provocans ad leges civiles his verbis: nam nec in terris filii sine consensu patrum recte et jure nubunt. Bleiben wir bei den citirten Worten stehen, so wird erstlich jedermann zugeben, dass wenn Jemand sagt, ohne Einwillung der Eltern verheirathen auch auf Erden die Kinder sich nicht zu Recht beständiger Weise, er damit keineswegs sagt, auch auf Erden ist es ein Requisit zu Recht beständiger Ehen, dass hinsichtlich der elterlichen Zustimmung beobachtet werde, was die leges civiles vorschreiben. Hiernächst wäre man versucht, hätte man es nicht mit einem Manne von der Grösse des unübertrefflichen J. H. Boehmer zu thun, diesen den Worten Tertullians beigelegten Sinn für schlimmer als seltsam zu finden. Da das auch etwas der Erde parallelisirt und für die kosmischen Vorstellungen des Tertullian neben der Erde überhaupt weiter nichts als nur der Himmel existirte und demnach Tertullian auch nur den Himmel in Parallele zu der Erde stellen konnte, so müsste dieser Kirchenvater, wenn er in jener Stelle auf die leges civiles provocirt hätte, der Meinung gewesen sein, dass dasjenige, was auf Erden die leges civiles zu der Kinder Verheirathung erforderten, das nämliche erforderten dieselben auch im Himmel. Tertullian stellt zu Gott, dem himmli-

*) Jus eccles. protest. Lb. IV. §. 2. T. III. pag. 1237.

schen Vater, den irdischen in Parallele und sagt: eben so wie man auf Erden keine Ehen schliessen dürfe, die nicht genehmigt von den Vätern wären, man auch keine solchen Ehen eingehen dürfe, für welche man nicht des Beifalls Gottes könne versichert sein *).

Indess aus alle dem folgt nur soviel, man könne nicht aus Tertullian beweisen, dass die ältesten kirchlichen Autoritäten um des röm. Rechtes willen den väterlichen Consens für nöthig erachtet, keineswegs aber dass nicht dessenungeachtet in vorliegender Beziehung das kan. Recht auf dem röm. fusse. Darüber nun, dass hinsichtlich des elterlichen Consenses das kan. Recht vielmehr auf den germanischen Rechten basirt ist, Folgendes: nach letzteren dürfen Söhne oder Töchter, so lange sie nicht aus der väterlichen Gewalt entlassen sind, nur mit des Vaters Einwilligung sich verheirathen. Diese Entlassung aus der väterlichen Gewalt ist aber kein juristischer Act, keine Emancipation im röm. Sinne des Wortes, sondern die factische Lösung derjenigen factischen Abhängigkeit von dem Vater, in welcher von Haus aus der Natur nach das Kind sich befindet. Jene Lösung findet also hinsichtlich der Söhne statt von dem Augenblicke an, wo sie wie G. L. Böhmer sagt: res suas sibi habere incipiunt atque ita paternae domus pars esse desinunt**); hinsichtlich der Töchter durch die Verheirathung also, dass in Betreff anderweiter Verehlichung sie berechtigt sind, ganz nach eigner Wahl zu verfahren. Nach des Vaters Tode tritt die Mutter an dessen Stelle, vorausgesetzt dass sie Wittwe bleibt. Nichtig ist demnach jede erste Ehe, welche die Tochter, die nur durch die Verheirathung aus der Abhängigkeit von den Eltern ausscheidet, ohne des Vaters oder der überlebenden Mutter Einwilligung schliesst, nich-

*) Unde sufficiamus ad enarrandam felicitatem ejus matrimonii quod Ecclesia conciliat, et confirmat oblatio, et obsignat benedictio, angeli renunciant, pater rato habet? nam nec in terris filii sine consensu patrum recte et jure nubunt.

**) Electa jur. civ. exercit. XVI. de necess. parent. cons. in nupt. liber. cum legit. tum legitimat. cp. II. §. XLVI. pag. 698 und 699. m. s. auch Christian Thomas. diss. de quasi emancipat. Germ. §. XXII. und Heinecc. El. jur. Germ. Lb. 1 tit. VIII. §. 166. sq.

jede Ehe, die ohne diese Einwilligung der noch nicht zur Selbstständigkeit gediehene Sohn schliesst *).

Ich wende mich nunmehr zu dem kan. hiermit durchaus übereinstimmenden Rechte. Man erlasse mir den Beweis der negativen Behauptung, dass die Stellen desselben, welche von der Nothwendigkeit des elterlichen Consenses sprechen, diese Nothwendigkeit fast ausschliesslich nur in Beziehung auf die Töchter hervorheben. Denn es wäre unmöglich die Beweisführung anders als dadurch herzustellen, dass der sämmtliche in diese Materie einschlagende Inhalt des kan. Rechtes hier wiederholt würde; dies aber scheint nicht wohlthunlich und wäre zugleich entbehrlich, weil zuverlässig Jedermann, der geneigt sein möchte, in gedachter Hinsicht das Corp. jur. canonici selbst einzusehen, sich bewogen finden wird, mir beizustimmen **). Um so leichter dagegen lässt sich nachweisen, was noch ausserdem in Betreff des kan. Rechts nachzuweisen ist, nämlich, dass es den elterlichen (parentum nicht blos patris) Consens erfordert und zwar unbedingt, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass die

*) M. s. G. L. Böhmer in cp. II. der obangezogenen Exercit., wo die betreffenden Stellen aus den altgermanischen Gesetzen zusammengestellt sind.

**) Nur mit einer Stelle mache ich eine Ausnahme, jedoch blos um der Ergötzlichkeit des darin enthaltenen Allegates willen, das an Eleganz sich weit über ähnliche Allegate im Justinianeischen Corp. juris erhebt und zugleich den Euripides und das alte Testament in überaus seltsame Verbindung bringt. M. s. c. 13. C. XXXII. qu. 2.

Honorantur parentes Rebeccae muneribus, consulitur puella non de sponsalibus (illa enim judicium expectat parentum: non est enim virginalis pudoris eligere maritum), sed jam desponsata viro de profectionis consulitur die, nec immerito dilationem non attulit. Jure etenim properare debuit ad maritum. Unde illud et Euripidaeum, quod mirantur plerique, unde translatum sit, manifestum est. Ait enim in persona mulieris, quae tamen maritum volebat relinquere, et ad alias petebatur nuptias:

Νυμφευματων μεν των ἐμων πατηρ ἐμος
Μεριμναν ἕξει, κ᾽οὐκ ἐμον κρινειν ταδε.

(sponsaliorum meorum pater meus curam subibit. Hoc enim non est meum). Ergo, quod ipsi philosophi mirati sunt, servare virgines. Mulier etiam, si qua amisso cito marito adolescentula laqueum infirmitatis suae timet incidere, si vult, nubat, tantum in Domino: ut electio-

Kinder sich noch in elterlicher Gewalt befinden, und dass es für ungültig diejenigen Ehen erklärt, die ohne elterliche Zustimmung eingegangen werden.

In letzter Beziehung begnüge ich mich auf Folgendes zu verweisen. Bereits im 6ten Jahrhundert erklärten mehrere Kirchenversammlungen die Ungültigkeit also eingegangener Ehen, unter andern sprach ein Concil. Aurelianense aus *): conjugium quod contra parentum voluntatem impie copuletur, sicut est prohibitum non admittetur.

Eine Pseudo-Isidorische Einschwärzung ist c. 1. C. XXX. qu. 5. allein, nach dem Urtheile I. G. Böhmer's, ex antiquitatibus prisci aevi entnommen und es fällt nach Launoi **) der Ursprung dieser Stelle ungefähr in das 10te Jahrhundert. Hier lesen wir: Aliter legitimum non sit conjugium, nisi ab his, qui super ipsam foeminam dominationem habere videntur et a quibus custoditur uxor petatur, et a parentibus et propinquioribus sponsetur.

Dass das Tridentiner Concil (sess. XXIV. de reform. matrim. cp. 1.) die Illegitimität der heimlichen, also der ohne Einwilligung der Eltern geschlossenen Sponsalien aufgehoben hat, sollte in Beziehung auf die protestantisch eherechtliche Praxis ein gleichgültiger Umstand sein. Wie wir weiter unten sehen werden hat das Schicksal es anders gefügt. Jedenfalls verdient der Beschluss schon hier eine nähere Erörterung. Er lautet wie unten steht ***). Leicht erräth man die Absicht. Es kam darauf an, dem weltlichen Richter alle und jede die Ehe betreffende

nem mariti parentibus deferat, ne appetentiae procacioris existimetur auctor, si ipsa de nuptiis suis electionem sibi vindicet. Expetita enim magis debet videri a viro, quam virum ipsa expetisse. Verecundiam praemittat, antequam nubat, quo ipsum conjugium plus commendet verecundia.

*) M. s. bei Harduin. Tom. II. pag. 1439.

**) Oper. Tom. 1. P. II. pag. 1067.

***) Tametsi dubitandum non est, clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata et vera esse matrimonia, quamdiu ecclesia irrita non fecit, et proinde jure damnandi sint illi, ut eos sancta synodus anathemate damnat, qui ea vera ac rata esse negant,

Cognition zu entziehen. Auch wird wohl jeder von selbst sich sagen, dass um Ehen zu gültigen zu machen, die bis dahin auch das kirchliche Recht für ungültige angesehen hatte, der Begriff des Ehesacramentes erwünschte Dienste leistete. Merkwürdig aber ist es, dass unter Anathemasirung anders Denkender als Sacrament eine Verbindung aufrecht erhalten wird, von der das Concilium sagt: sancta ecclesia ex justissimis causis eam semper detestata est et prohibuit. Nach c 3. ibid. sollen nicht nur die Eltern der Braut, sondern auch des Bräutigams einwilligen, vorausgesetzt, die Kinder sind noch in Gewalt der Eltern; foedera quoque consensu eorum, qui haec contrahunt, et eorum in quorum potestate sunt, celebrantur *).

Nach alle dem dünkt mich: hinsichtlich des elterlichen Consenses bekennt sich das kan. Recht, insoweit es nämlich überhaupt Anwendung in protestantischen Gerichten verstattet, zu denjenigen Grundsätzen, die mir die richtigen scheinen.

quique falso affirmant, matrimonia a filiisfamilias sine consensu parentum contracta irrita esse, et parentes ea rata vel irrita facere posse: nihilominus sancta Ecclesia ex justissimis causis illa semper detestata est atque prohibuit.

*) Die Stelle, in welcher der Papst den Bulgaren auf deren Anfrage, nach welchen Erfordernissen und unter welchen Gebräuchen Heirathen einzugehen seien, nöthigen Bescheid ertheilt, ist ein nicht uninteressanter Beitrag zur Sittengeschichte und möge daher vollständig hier Platz finden.

Nostrates tam matres, quam foeminae non ligaturam auream vel argenteam, aut ex quolibet metallo compositam, quando nuptialia foedera contrahunt, in capitibus deferunt, sed post sponsalia, quae futurarum sunt nuptiarum promissa: foedera quoque consensu eorum, qui haec contrahunt et eorum in quorum potestate sunt celebrantur: et postquam arrhis sponsam sibi sponsus per digitum fidei annulo insignitum desponderit, dotemque utrique placitam sponsus ei cum scripto pactum hoc continente coram invitatis ab utraque parte tradiderit aut mox, aut apto tempore, ne videlicet ante tempus lege definitum tale quid fieri praesumatur, ambo ad nuptialia foedera perducuntur, et primum quidem in ecclesia Domini cum oblationibus, quas offerre debent Deo, per sacerdotis manum, statuuntur: sic demum benedictionem, et velamen caeleste suspiciunt. Haec sunt praeter alia, quae ad memoriam non occurrunt, pacta conjugiorum solennia. Peccatum autem esse, si haec cuncta in nuptiali foedere non interveniant, non dicimus, quemadmodum Graecos vos astruere dicitis. c. 3. C. XXX. q. 5.

§. 6.

Luther's Ansichten von der Nothwendigkeit des elterlichen Consenses.

Wie in andern Materien des protestantischen Kirchenrechts den der Reformation gleichzeitigen Juristen die Fähigkeit abging, als antiquirt dasjenige in dem Kirchenrechte zu erkennen, was unvereinbar mit dem protestantischen Dogma war, ebenso ging auch in Beziehung auf vorliegende Materie den damaligen Juristen jene Fähigkeit ab. Die Katholiken *) hatten aufgehört die Gültigkeit der Ehen von Einwilligung der Eltern abhängig zu machen, weil die Ehe ein Sacrament sei. Die Reformation verwarf das Sacrament der Ehe und dennoch wurden Luther's letzte Jahre unter andern auch dadurch verbittert, dass die Juristen, nicht anders als sässen sie noch mitten im Papstthume inne, sponsalia clandestina für gültige ansahen. In einem Briefe an Spalatinus vom 30ten Jan. 1544 (supplem. epist. ed. Francisci Buddei Halae 1703. pag. 283.) nimmt er sich die Sache, man könnte sagen, fast unmässig zu Herzen und erklärt, nie im Leben also in Sachen des Evangeliums entrüstet gewesen zu sein, denn, fährt er fort: oritur mihi cum juristis negotium acerrimum de clandestinis sponsalibus. Et quos speraveram fidos evangelii amicos, experior hostes acerrimos . . . ora pro ecclesia intrinseci hostes plus nocent quam externi, ut Judas inter Apostolos.

Ueber diese Streitigkeiten umständlicher zu berichten, Streitigkeiten, bei denen das Unrecht, richtiger gesprochen, die Stupidität auf Seiten der Juristen war, scheint mir nur insofern der Mühe werth, als man aus dem, was darüber in Seckendorf histor. Lutheranismi Lb. III. sect. XXXII. §. 126. pag. 581. berichtet wird, hinreichend das ersieht, was im vorliegenden Zusammenhange einzig und allein wichtig ist, dass nämlich Luther einerseits sich nicht hat beikommen lassen, obrigkeitlichen Amts wegen könne der elterliche Consens sup-

*) M. s. J. H. Böhmer a. a. O. §. VII. pag. 1243.

plirt werden, andrerseits Luther, indem er für unbedingte Nothwendigkeit des elterlichen Consenses eifert, doch nur die Töchter vor Augen gehabt hat, als welche nach den Verhältnissen der bürgerlichen Gesellschaft in den Tagen Luther's ohne Ausnahme so lange in der elterlichen Gewalt blieben, als sie noch nicht verheirathet waren, und dass ausser den Töchtern er an die Söhne nur insofern denkt, als diese ebenfalls noch abhängig von jener Gewalt sind. In einem Briefe an den Churfürsten schildert er die Gefahren, womit man von der Gültigkeit heimlicher Sponsalien bedroht sei und verweist dabei auf die zahlreiche in Wittenberg studirende Jugend und wie verführerisch die jungen Leute auf die Töchter der Stadt wirkten: magnam (Worte Seckendorf's) adolescentium copiam Wittenbergae esse, procaces autem fieri puellas et ultro in hospitia juvenum irrepere, amoresque suos illis offerre; man vernehme, Eltern wollten die Söhne von der Universität zurückberufen, damit ihnen nicht Weiber aufgezwungen würden; wenig habe gefehlt, so wäre auch Melanchthon's Sohn auf solche Weise umgarnt und dessen Vater in höchste Betrübniss versetzt worden. Deutlich geht hieraus hervor, dass Luther, hätte man ihn darum befragt, die Unzulässigkeit ohne der elterlichen Einwilligung geschlossener Sponsalien immer nur auf gewisse und zwar auf die von mir für nöthig angegebenen Gränzen würde eingeschränkt haben. Dass aber auch seiner Auffassung des in Frage stehenden Verhältnisses fern der Gedanke an obrigkeitliche Supplirung des Consenses geblieben sei, das geht daraus hervor, dass er die von den Juristen statuirte Ausnahme verwarf, wonach Sponsalien sollten gültig sein, die bedingt, unter vorausgesetzter Einwilligung der Eltern geschlossen wären; denn auch solchenfalls, meint er, bleibe das vitium clandestinitatis und es würden alsdann die Eltern mit aller Art Persuasionen breit geschlagen.

§. 7.

Das königl. sächs. Kirchenrecht in Beziehung auf den elterlichen Consens.

Kein Princip findet hinsichtlich dieses Gegenstandes sich auch nur mit einiger Gleichmässigkeit in den deutschen Particularrechten festgehalten. M. vergl. G. L. Böhmer am a. O. Cp. IV. pag. 713. fgde.

Eine märkische Constitution vom 15ten Decbr. 1684. gebietet „dass keine Kinder, Söhne oder Töchter, ohne Unterschied ihres Alters, Condition und Standes ohne Vorwissen und Einwilligung ihrer Eltern, als des Vaters und der Mutter, und da die nicht mehr vorhanden, des Grossvaters und der Grossmutter sich verehlichen sollen", wogegen in einer Coburger Ordnung zu lesen: „dass Niemand in unserm Fürstenthume und Landen, so in seiner Eltern Gewalt und Versorgung ist, sich heimlich ehelichen oder versprechen, sondern ein jedes Kind (wie passt dies zu dem vorhergehenden?), Sohn und Tochter, mit Wissen, Rath und Bewilligung seiner Eltern sich verheirathen soll". Eine Landesgerichtsordnung des Herzogthums Franken sagt: „die Kinder, die noch in Gewalt und Fürsehung ihrer Eltern sind und ihr verständig Alter noch nicht erreicht haben, als der Sohn seines Alters unter XVIII. und die Töchter unter XV. Jahren" (damals gelangte man also in Franken überaus zeitig zur eignen Fürsehung) „sollen sich ohne Wissen und Willen ihrer Eltern nicht verheirathen". Es genügt mir an einigen Beispielen diesen Widerstreit der Particularrechte nachgewiesen zu haben. Dass noch mehrere als Bedingung der Nothwendigkeit des elterlichen Consenses der Kinder Abhängigkeit von Gewalt der Eltern anerkennen, das kann jeder, den es interessirt, bei G. L. Böhmer am a. O. ersehen.

Wenden wir uns nun im Besonderen zu dem k. s. Particularrecht, so ist es vor allen Dingen nöthig in wenigen Sätzen sich zu vergegenwärtigen, welche Unterlagen demselben für seine Entwickelung in Hinsicht auf die in Frage gezogene Materie gegeben waren.

1. Nach römischem und kan. Rechte und nach dem germanischen waren von der elterlichen Gewalt abhängige Kinder und darum insonderheit alle und zum erstenmal sich verheirathende Töchter schlechthin unbefugt anders als mit der elterlichen Einwilligung sich zu verehlichen; allein

2. da die Ehe als ein Sacrament keine Annullation verstatten sollte, so erlitt die praktische Anwendung dieses Satzes eine ihn so gut als vernichtende Modification und es waren damit nur die sogenannten sponsalia clandestina für null und nichtig, für ungeeignet erklärt, auf Grund derselben die Verehlichung zu fordern. Die einmal abgeschlossene Ehe war gültig, sie mochte mit oder ohne Zustimmung der Eltern eingegangen sein.

3. Den Protestanten gilt die Ehe nicht als Sacrament und darum erforderte die Consequenz, als womit auch die Ansicht Luther's übereinstimmt, die praktische Bedeutung des ersten Satzes also aufzufassen: in Fällen, wo die elterliche Einwilligung erfordert wird, ist dieselbe unbedingt nöthig und ohne dieselbe das Ehebündniss null und nichtig.

4. Es beschränken aber diese Fälle sich auf die, wo Kinder sich verheirathen, die noch von den Eltern abhängig sind.

Zum Theil aber ganz andere sind diejenigen Grundsätze, zu welchen sich das k. s. Kirchenrecht bekennt. Zunächst hielt die Kirchenordnung vom Jahre 1580. steif und fest an dem Tridentinischen Concilium, es erklärte für sponsalia clandestina die ohne elterlichen Consens eingegangenen Eheverlöbnisse und verbot die Trauung also verlobter Personen, kein Gedanke aber an die Nichtigkeit der heimlich eingegangenen Ehe, nur gewisse Strafbestimmungen sollen gegen die Verheiratheten Platz ergreifen *).

*) C. A. T. 1. pag. 538. „Es sollen sich keine Kinder, Söhne oder Töchter, was Alters die seynd, ohne Vorwissen und Einwilligung ihrer Eltern, als: des Vatern, der Mutter, und da die nicht vorhanden, des Grossvaters und der Grossmutter, verloben. Und wenn gleich solches geschehn, soll ein solches Verlöbniss, ungeachtet ob

Ich sagte: die **Kirchenordnung hielt steif und fest an dem Tridentiner Concilium**, allein sie that es unwillkührlich und die Kanonisten selbst hatten dafür gesorgt, dass dem protestantischen Gesetzgeber nicht die Inconsequenz des Verfahrens einleuchtete. Nicht war nämlich den Kanonisten entgangen *), dass es ein offenbarer Widerspruch sei, wenn einerseits die canones den elterlichen Consens als ein nothwendiges Requisit der Ehe prädicirten, andrerseits aber das Tridentiner Concilium diese Nothwendigkeit fallen liess, indem es für gültige auch solche Ehen anerkannte, hinsichtlich deren jenes Requisit nicht war beobachtet worden. Sie halfen sich so gut sie konnten und erklärten das nothwendige Requisit für ein dem Wesen der Ehe nach zwar unwesentliches, jedoch in Betracht der Ehrerbietung, welche Kinder den Eltern schuldig sind, unerlassliches, was als Nothbehelf gelten konnte. Allein der sächs. Gesetzgeber, der in keinem gleichen Nothstande befangen und nicht gezwungen war canones und Tridentiner Concilium gut oder übel in Concordanz zu setzen, hätte wohl sich sagen sollen, dass irgend ein Requisit eines Dinges ein nothwendiges nur alsdann ist, wenn ohne dasselbe das Ding entweder nicht existirt oder nicht als existirend anerkannt wird. Von dem Augenblicke an, wo die Kanonisten und mit ihnen die protestantischen

dasselbe in anderer Leute, als Gezeugen Beyseyn, geschehen, für heimlich gehalten und für unbündig erkannt, und die Personen in unsern Landen nicht getrauet werden.

Und da sie hierüber, und über beschehene Vermahnung und Verwarnunge, wider ihrer Eltern Willen stark darauf verharren, und solch Ehegelöbniss zu vollenziehen andere Gelegenheit suchen würden, sollen die Eltern ihnen mit etwas zu der Ausstattung behülflich zu seyn, nicht verpflichtet, sondern vielmehr befugt und ihnen hiemit nachgelassen seyn, solche ungehorsame Kinder biss auf den halben Theil ihrer gebührenden legitimae, und nach Gelegenheit derer Ursachen ihres verweigerten Consenses, gäntzlich zu enterben. Es sollen auch die Personen, so zu solchen heimlichen Verlöbnissen derer Kinder ohne Vorwissen derer Eltern, Vorschub gethan, auf Anregen derer Eltern, willkührlich gestraffet werden“.

*) M. s. J. H. Böhmer am a. O. §. VIII. S. 1244.

Rechtsgelehrten, erstere nothgedrungen, letztere in Folge gänzlichen Mangels an historischem Sinne, aufhörten die Nothwendigkeit des elterlichen Consenses aus dem abzuleiten, woraus sie alle geschriebenen Rechte ableiteten und woraus gesunden menschlichen Ansichten nach sie einzig und allein kann abgeleitet werden, aus der Kinder Abhängigkeit von den Eltern, und selbiger die Pflichten kindlicher Pietät substituirt wurden, von da an musste auch jene Nothwendigkeit unbedingt als Regel Platz ergreifen. Denn nie kann die Selbständigkeit eines Kindes den Grund abgeben Pflichten der Pietät aus den Augen zu setzen. Wie nun aber die Gewalt der Wahrheit eine so mächtige ist, dass sie sich Bahn zu brechen sucht selbst da, wo man sie verkennt, also ging es auch hier. Die Möglichkeit, dass concrete Fälle vorkommen würden, wo es allzu widersinnig sein möchte, die Regel festzuhalten, lag allzu nahe, um nicht eine weitere Bestimmung herbeizuführen, welche die Zulässigkeit der Supplirung des elterlichen Consenses aussprach; und eine solche finden wir in der Kirchenordnung von 1580., die am a. O. die Eltern ermahnet, „wann die Kinder ihre Jahre erreichet, darauf bedacht zu seyn, welchergestalt dieselben ehelich und also versorget werden, dass sie damit ihres theils auch zufrieden seyn können; und sonderlich, da die Kinder ihre Eltern umb Erläubnüss, sich mit gewissen Personen ehelich zu verbinden, ersuchen und bitten würden, sie ohne genugsame erhebliche Ursachen daran nicht zu hindern“; hiernächst aber vorschreibt, dass, wo sie, die Eltern und Kinder, „sich derowegen miteinander nicht selbst vergleichen könnten, es alsdann, und ehe dann von denen Kindern etwas verbindliches fürgenommen werde, bei den Consistoriis gesuchet, und daselbst nach Billigkeit entschieden werden solle“*).

Somit ist nicht zu viel gesagt, wenn man behauptet, von der Supplirung des elterlichen Consenses wüssten

*) Die Eheordnung vom 10ten Aug. 1624. ebend. pag. 1020. wiederholt nur die vorstehend und in Anmerk. S. 343 mitgetheilten Bestimmungen.

wir gar nichts, hätte nicht erstlich das Tridentiner Concilium die Kanonisten gezwungen, die Nothwendigkeit des elterlichen Consenses aus einem ganz falschen Principe abzuleiten, und hiernächst die protestantische Jurisprudenz ihre Unabhängigkeit von dem rein katholischen Kirchenrechte erkannt.

Das Zabeltitzer Mandat vom 16ten Novbr. 1648. (C. A. T. 1. pag. 1034.) bestätigt, wie der einheimischen Gesetzgebung die richtige Ansicht von der Nothwendigkeit des elterlichen Consenses ganz abseits liegen geblieben. Dem Gesetzgeber ist bekannt geworden, dass „oftmals erwachsene Gesellen, die durch Anstellung eigner Nahrung und Handthierung von ihrer Eltern Brodte und also aus der väterlichen Gewalt kamen, sich durch der Eltern dissensum von Vollziehung des Eheversprechens loswürkten, das sie sonsten wohlerzogenen Weibsbildern gegeben", die im Vertrauen auf jenes Versprechen sich zur Unzucht bereden lassen. Nur in so schreienden Fällen, in welchen bis zu Erlassung des Mandates es den Schwängerern unbehindert war, „arme betrübte Kinder sammt deren unschuldigen Anverwandten in Schimpf und Spott sitzen zu lassen", soll der elterliche Dissens nicht berücksichtigt und im Mandate vorgeschriebenermaassen verfahren werden *). Vorher aber wird die „allgemeine

*) „Wann eine Mannsperson, so nicht mehr an des Vatern Brod, und aus dessen Gewalt, oder sonsten zu seinen verständigen Jahren kommen ist, eine sonst unberichtigte Jungfrau und Wittib, welche sich zuvor wohl verhalten, und von Christ- und ehrlichen Eltern erzogen, ohne seines Vaters und Mutter Vorwissen, mit Versprechung der Ehe, beschläfft, und zu Falle bringt, solche seine Eltern auch das Weibesbild, oder dero Eltern und Anverwandten, vorhero nicht verwarnet, und, dass sie an ihrer beiderseits Kundschafft keinen Gefallen trügen, noch zwischen ihnen eine Verehlichung verstatten, oder bei begebendem Unheil darein verwilligen wollten, ausdrücklichen sich vernehmen lassen, daneben auch keine andere gnugsame erhebliche Ursach ihres Dissensus halber vorzuwenden, und glaublichen beizubringen vermöchten, auf solchen Fall wird auf die Vollziehung der Ehe billig erkannt, und solche durch derer Eltern blosses Widersprechen nicht gehindert, sondern dieselbe die

Rechtsregul", wonach „der Eltern Autorität und Einwilligung zu einer rechtmässigen Ehe der Kinder de necessitate erfordert wird" nochmals eingeschärft und fast gewinnt es das Ansehen, auch in den bezeichneten exorbitanten Fällen habe die wirkliche Absicht des Gesetzes doch nur „bei gemeinen Bürgers- und Bauersleuten" die Ausnahme wollen stattfinden lassen. Denn nach jener Einschärfung lesen wir zu der eigentlichen Verfügung des Gesetzes also das Weitere einleitende Worte: „Nachdem sich aber öfters begiebt, dass wohl gar gemeine Bürgers- und Bauersleute, ohne Anziehung und Beibringung einiger rechtmässigen, beständigen und erheblichen Ursachen ihrer Verweigerung, durch blosses und vielmahls auf Feindhässiger Anhetzung eingebildetes Widersprechen, ihre übelgezogenen Söhne in ihrem Muthwillen zu verstärken, und auch wohl auf dererselben eigenes Suggeriren von der versprochenen ehelichen Vollziehung loszumachen sich unterfangen; so will nicht unbillig darauf zu gedenken seyn, wie solcher Arglist und Bosheit, sammt den Anlass zu sündigen, vorgebauet werde, dem verletzten Gewissen und beleidigten Theil gerathen, die Geschwächte und Kinder wiederum zu Ehren bracht, die unschuldigen Eltern in etwas erfreuet etc." Obschon um hundert Jahre späteren Ursprungs steht dennoch die 31te Decis. von 1746. in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Zabeltitzer Mandate. Zuerst werden die verba dispositiva des älteren Gesetzes wiederholt und sodann erkläret, unverändert solle es dabei bewenden. Hiernächst nimmt die Decision den Uebergang zu dem, was sie Neues anzuordnen beabsichtigt in folgenden Worten: „alldieweil aber bishero überhaupt dafür gehalten werden wollen, dass wenn Kinder wider ihrer Eltern Willen sich verlobt und darauf sich mit einander fleischlich vermischet oder heimlich trauen lassen, die Sponsalia

Ehe, mit Verletzung der Gewissen, nicht zu hinterziehen, alles Fleisses anermahnet, und Inhalts unserer Ehe- und Kirchen-Ordnung ihnen die Bestraffung ihrer ungehorsamen Kinder, in andre zugelassene Wege vorbehalten".

dadurch dergestalt bekräftiget würden, dass sie für eine wirkliche Ehe anzusehen und daherowegen des ermangelnden Consenses der Eltern keinesweges rescindirt werden möchten, so setzen etc.“

Mit diesen Worten sind folgende Bemerkungen zu verbinden:

Da das Gesetz sub C. über privilegirte Gerichtsstände und einige damit zusammenhängende Gegenstände vom 28. Jan. 1835. §. 25. — s. d. G. S. von ged. Jahre — überhaupt keine wesentlich verbindenden Wirkungen der Ehegelöbnisse anerkennt und nach demselben nichts soll vor der Trauung vorgenommen werden können, das eine rechtliche Verbindlichkeit zu Vollziehung der Ehe nach sich zöge, so ist es angemessen, bei den mitgetheilten Worten nur insoweit stehen zu bleiben, als sie unverkennbar einer bis zu Erlass der Decision allgemein verbreiteten Meinung gedenken, auch heimlich und ohne der Eltern Vorwissen geschlossene Ehen seien gültige Ehen. Es war aber nach den vor der Decision bekannt gemachten Gesetzen, namentlich der Kirchen- und Eheordnung nach, diese Meinung vollkommen gesetzlich begründet. Auch wird sie von älteren Juristen vertheidigt, namentlich von Joachim v. Beust im tractatu de sponsalibus et matrimoniis, der jedoch bemerkt, nicht blos die copula sacerdotalis, sondern auch die copula carnalis müsse hinzugekommen sein *). Der Werth dieser beschränkenden Ansicht bleibe auf sich beruhen; jedenfalls stellte sie die Vollgültigkeit der Ehe in der jungen Leute Willkühr.

*) Si autem res non esset integra, puta quando intervenisset concubitus, tunc sive liberi sint minorennes, sive majorennes, conjugium consummatum non potest rescindi, etiamsi parentes in illud non consenserint (c. cum causs. de raptorib.). Multa enim impediunt matrimonium contrahendum, quae contractum non dissolvunt (c. quemadmodum inf. princ. de jurejur. leg. patre furioso. juncta gl. in verb. retinere. ff. de his, qui sunt sui vel al. jur.). Considerandum enim est hoc casu, ut majus scandalum vitetur, et ut habeatur ratio vitiatae, cui maxima fieret injuria, si eam stuprator non duceret, ut admonet Philip. in all. loco de conjugio sub tit. de consensu parentum. Quomodo autem tales liberi hodie puniendi sint, expressum est in all. ordinatione titulo, vom Ehegelöbniss.

Auch Carpzov spricht nur von Sponsalien, die ob defectum consensus parentum ungültig sein sollen. Wenn in Haubold Lehrbuch des k. s. Privatrechtes §. 57. S. 52. 2. Ausg. gesagt wird, Ehegelöbnisse werden weder durch den Beischlaf noch durch die priesterliche Trauung gültig, so kann damit nichts anderes gemeint sein, als die Ungültigkeit der ohne der Eltern Zustimmung eingegangenen Ehen. Allein um diese Behauptung zu rechtfertigen, stützt jener Rechtslehrer sich eben nur auf die Dec. 31. und spricht damit aus, kein älteres Gesetz enthalte diese Vorschrift. Wir werden weiter unten sehen, inwiefern sie wirklich in Dec. 31. enthalten ist. Nach alle dem scheint es mir: die Decision hat den früheren Rechtszustand nicht ganz genau aufgefasst.

Der erörterten Einleitung folgen als verba dispositiva nachstehende: „ordnen wir hiemit, dass, wenn die Eltern aus erheblichen Ursachen in ihrer Kinder Verlöbnisse zu willigen sich verweigern, dergleichen heimliche Sponsalia weder durch den Beischlaf, noch durch die zur Ungebühr erhaltene priesterliche Copulation, einige Kraft erlangen, sondern vielmehr etc.“

Nach diesen Worten erwartet man den Ausspruch, dass diejenigen Ehen sollen null und nichtig oder doch wieder auflösbar sein, welche geschlossen werden, obschon die Eltern aus erheblichen Gründen die Zustimmung verweigerten; aber dies wird nicht gesagt, sondern die Ehen sollen auflösbar sein, die zu hindern die Eltern sich dem Zabeltitzer Mandate gemäss benommen haben. Demnach ist auch nach Dec. 31. die eben bemerkte Haubold'sche Meinung nicht in voller Ausdehnung richtig, sondern eine Ehe wieder auflösbar nur dann, wenn von den Eltern des Mannes die junge Frau oder deren Eltern und Verwandten verwarnet worden und jene „daneben andre erhebliche Ursachen ihres Dissensus halber vorzubringen vermocht“.

Das Zabeltitzer Mandat und Dec. 31. geben zu noch gar manchen andern Bemerkungen Veranlassung*); indess

*) Z. B. die sonderbare Wortfassung: etc. wenn eine Manns-

zu Beantwortung der Frage, wie wir nach dem königl. sächs. Rechte hinsichtlich der Nothwendigkeit der elterlichen Einwilligung stehen, reicht jene Decision und dasjenige aus, was vorstehend zu derselben gesagt worden *). Der ermangelnde elterliche Consens ist in der Regel kein impedimentum dirimens und selbst erhebliche Gründe die Einwilligung zu verweigern können nur ausnahmsweise die Wiederauflösuug der Ehe herbeiführen, denn allein des jungen Mannes Eltern werden mit einem solchen Antrage gehört und auch dann nur, wenn sie überdem ihren Antrag auf das Zabeltitzer Mandat zu stützen vermögen **).

person eine Jungfrau ohnes seines Vaters und Mutters Vorwissen, mit Versprechung der Ehe beschläft und in Fall bringet, solche seine Eltern auch das Weibsbild vorhero nicht verwarnet etc.

*) Die neuere Gesetzgebung, insonderheit das Regulativ wegen des Aufgebotes und der Trauung vom 15ten Jan. 1808. C. A. C. III. I. 164. §. 7. und 11. hat in vorliegender Beziehung weiter nichts gethan, als nur noch verstärkter die Nothwendigkeit des elterlichen Consenses hinsichtlich der Kinder jedes Alters und Standes einzuschärfen und ohne Unterschied, ob sie noch unter elterlicher Gewalt sich befinden oder nicht, ob sie zum ersten oder zum zweiten und dritten Male sich verheirathen. Die in Kind's Quaest. Tom. IV. q. 6. ed. II. gemeldete Praxis, nach der es schlechthin ein impedimentum dirimens sein sollte, sich verehlicht zu haben, ohne dass man vorher die Eltern um ihre Einwilligung begrüsst, wird für antiquirt angesehen. M. s. v. Hartitzsch das im K. S. geltende Eherecht §. 50. S. 48.

**) v. Hartitzsch sagt am a. O.: „Wenn die Kinder gegen den erklärten Willen der Eltern die Ehe durch priesterliche Trauung vollzogen, haben die Eltern nur dann das Recht, die Nichtigkeitserklärung der Ehe zu verlangen, wenn die Ehe heimlich und ohne vorgängiges Aufgebot abgeschlossen worden ist, denn das gehörig erfolgte öffentliche Aufgebot hat peremtorische Kraft.“ Hierbei beruft er sich auf die Dec. 31. von 1746; meines Erachtens ohne allen ausreichenden Grund. Dann setzt er hinzu: „doch wird auch bei der heimlichen Trauung, oder wenn die Eltern ihr Stillschweigen während des Aufgebotes vollkommen zu rechtfertigen vermögen, nur bei äusserst wichtigen und erheblichen Weigerungsgründen die Ehe wiederum getrennt.“ Obschon hierbei keine Präjudize königl. sächs. Behörden angeführt werden, so steht doch zu hoffen, wenn der seltene Fall einmal vorkommt, wo es sich um die Wiederauflösung einer Ehe handelt, hinsichtlich welcher, gestützt auf das Zabeltitzer Mandat, die Eltern

Von selbst drängt sich hier die Bemerkung auf, dass der Richter schwerlich wird geneigt sein, ausnahmsweise eine Ehe blos um deswillen wieder aufzulösen, weil Gründe vorliegen, die ihm unbezweifelt ausreichend geschienen hätten, die Supplirung des elterlichen Consenses zu verweigern. Denn es leuchtet ein, wie eine Braut leichter es ertragen kann, eine von ihr beabsichtigte Ehe sich verboten als die bereits eingegangene wieder aufgelöst zu sehen. So z. B. wird — m. s. v. Hartitzsch am a. O. §. 47. S. 45. — als ein Fall, wo der elterliche Consens nicht zu suppliren ist, der angesehen, wo der eine Theil bereits in einer von ihm selbst verschuldetermaassen unglücklichen Ehe gelebt hat. Jedoch dass die Neuverheirathete die einmal eingegangene Ehe mit einem Manne fortstelle, den ein solcher Vorwurf trifft, wird in hundert Fällen vernünftiger sein, als aus einem solchen Grunde die Ehe wieder aufzulösen, nicht zu gedenken, dass die Umstände, in Folge deren Jemand eine unglückliche Ehe geführt hat, häufig so ganz subjectiver Natur sein werden, dass nimmermehr ein Actenstück vermag den cognoscirenden Richter in den Stand zu setzen, zu ermessen, welchem Theile und inwiefern demselben das gestörte häusliche Glück zur Last fällt.

Indess sehen wir davon ab, wie gewiss die Gründe für Auflösung einer Ehe jedesmal ungleich erheblicher als diejenigen sein müssen, welche nicht verstatten den elterlichen Consens zu suppliren und betrachten wir nun den Fall, wo eine erst noch einzugehende Ehe in Frage steht, um die Haltungslosigkeit bemerklich zu machen, in welche die Rechtslehrer verfallen sind, indem sie versucht, das in der Beilage unter A. entwickelte Princip auf gewisse bestimmte abstracte Normen zurückzuführen. Hierbei können wir uns sehr kurz fassen, denn wo die Unmöglichkeit etwas Genügendes zu sagen in der Natur der Sache liegt, da scheint es sehr entbehrlich diese Unmöglichkeit umständlich auch noch a posteriori nachzuweisen.

behaupten, aus erheblichen Gründen hätten sie widersprechen können, so werde man jene Grundsätze befolgen.

Den Mangel künftigen nothwendigen Unterhaltes *) betrachtet man als einen gerechten Grund der Verweigerung des elterlichen Consenses. Schwerlich aber bedarf es einer Auseinandersetzung, wie der Begriff nothwendiger Unterhalt allemal mehr als das absolut Nothwendige und darum jederzeit nur eine relative Nothwendigkeit bezeichnet. Geradezu der entgegengesetzten Meinung ist Carpzov in der Jurispr. Consist. Lb. II. def. 55. Nicht zuviel ist es gesagt und sofort mit seinen eignen Worten kann belegt werden, dass er auch hier thut, was ihm so oft widerfahren ist, nämlich Mangel alles menschlichen Sinnes verräth. Auf die Frage: num audiendi parentes si paupertatem et inopiam ejus personae, cujus matrimonium a liberis petitur, opponant? antwortet er kurzweg mit nequaquam, und was ihm diese Zuversicht einflösst, ist die Betrachtung: Geld und Gut habe nichts mit den substantialibus matrimonii zu schaffen, sei ein accidentale desselben, ja ein contingens, quod proficuum quandoque etiam damnosum potest esse contrahentibus; und dabei werden aus Seneca Lb. I. controv. 6. die Worte angezogen: insolens quippe malum beata uxor; cum immensum pondus auri attulerit, cum pecunia arcas nostras oneraverit, quid aliud quam beate servimus? Eben so hat Carpzov gar keinen Begriff von dem, was nothwendigen Einfluss auf Zufriedenheit der Lebensverhältnisse äussert und dass allein hiernach es zu bemessen ist, ob ein elterlicher Consens zu suppliren sei oder nicht, wenn er um deswillen, weil qualitas nobilitatis (ibid. def. 56.) non versatur circa substantialia matrimonii, Folgendes behauptet: Si filius nobilis appetat conjugium puellae alicujus plebejae, ejusque amore adeo detineatur, ut nec persuasione, nec comminatione ulla abstrahi queat, tantum abest, causam hinc dissentiendi sufficientem a parentibus proferri, ut, si aliud non obstet impedimentum, in nuptias filii consentire potius teneantur. Dagegen lassen andere Rechtslehrer, z. B.

*) Leyser medit. ad Pand. Vol. V. spec. 296. m. 2. Bülow und Hagemann praktische Erörterungen Th. IV. Erört. 64. S. 330. v. Weber S. K. R. Th. II. Abth. 3. Anmerk. 35. S. 1116.

v. Weber am a. O. „gar zu grosse Ungleichheit des Standes“ als einen Grund des elterlichen Widerspruches gelten, womit so viel als nichts gesagt ist; denn kein Unterschied des Standes ist so gross, dass nicht Rücksichten auf Vermögen oder geistige Vorzüge ihn aufwiegen können. Sollte nicht der elterliche Consens zu suppliren sein, wenn ein Don Ranudo de Colibrados sich weigert in des Sohnes Verehlichung mit der Tochter eines reiches Landmannes einzuwilligen, deren Mitgift den jungen Ehemann und dessen Vater vor dem Hungertod schützen wird?

Versuche, die Einwilligung durch Entführung oder unerlaubte Mittel zu erzwingen, werden unter andern auch zu den Gründen statthafter elterlicher Consensverweigerung gerechnet, — m. s. v. Hartitzsch am a. O. — Wie nun aber wenn die jungen Leute zu dem unerlaubten Mittel gegriffen haben, hierzu verleitet durch unvernünftige Verweigerung der elterlichen Zustimmung? Allerdings giebt es gewisse im Voraus speciell bestimmbare Fälle, die jederzeit einen ausreichenden Grund für der Eltern Widerspruch abgeben werden, wie z. B. grobe Laster und Ausschweifungen, infamirende Verbrechen, gewisse Krankheiten u. s. w., allein ganz entbehrlich ist es dergleichen Specialitäten aufzuzählen, sobald man sich zu dem in der Beilage unter A. angenommenen und auch von dem letztgedachten Schriftsteller am a. O. aufgestellten Principe bekennt „dass als erhebliche im Allgemeinen diejenigen Gründe zu betrachten sind, aus welchen eine vernünftige und wahrscheinliche Besorgniss entsteht, dass die Ehe eine unglückliche und misvergnügte werden dürfte“.

Eben so spricht sich in dem sehr schätzbaren Buche über die Rechte und Befugnisse der Eltern bei den Verheirathungen der Kinder (Wittenberg und Zerbst 1797) der Verfasser, Dr. J. Glb. Hennig, S. 470. aus: „Eltern sind nicht schuldig, ihren Kindern die Einwilligung zu einer Eheverbindung zu ertheilen, wo sie auf eine vernünftige und wahrscheinliche Weise übersehen können, dass solche für sie unglücklich und misvergnügt ausfallen werde. Diese Um-

stände, sie mögen nun wirklich vorhanden sein, oder nur aus Gründen vermuthet werden können, hindern die Schliessung eines Eheverbündnisses und geben den Eltern gerechte Ursachen zur Versagung ihrer Einwilligung“ *).

Genug über eine Rechtsmaterie von der wir besser gar nichts zu wissen brauchten, und von der wir auch in der That nichts wüssten, hätten wir uns nicht weit von der einfachen, einzig und allein richtigen Ansicht entfernt, für welche das Wort zu nehmen gegenwärtiger Aufsatz bestimmt ist.

*) Wunderbar aber ist es, wie der einsichtsvolle Mann S. 465. Folgendes sagen kann: „Ein Glück wäre es, wenn bestimmte, und der Natur angemessene Gesetze vorhanden wären, welche die Ursachen zuverlässig fest setzten, aus welchen die Eltern berechtigt wären, ihren Kindern zu ihrer Verheirathung ihre Einwilligung zu verweigern“. Mit dem begehrten Glücke wäre sofort in unzähligen Fällen die Möglichkeit vernichtet das Urtheil nach dem zu bestimmen, „was die Eltern auf vernünftige und wahrscheinliche Weise übersehen können.“ Harpprecht in den Inst. jur. civ. T. I. cit. 10. de nuptiis n. 247. hat den Gegenstand zu erschöpfen vermeint und die Gründe für Verweigerung des elterlichen Consenses auf folgende eilf, zum Theil nicht unergötzliche beschränken wollen.

1. Solus contemtus consensus parentum.

2. Si procus turpis vel inhonestae vitae est.

3. Si liberi amore temerario quasi caecati, aut furore potius dementati, cum iis matrimonium ineant, cum quibus neque coelum, neque terram aedificaturi essent.

4. Si adolescens loquax et gloriosolus sit, et sua dicacitate, et inani ostentatione filiam alterius in suam consuetudinem alliciat.

5. Si procus sit erro, cujus vagandi libido publice nota sit.

6. Si saltem levis et humilis conditionis sit, qui patri filiam suam sub praetextu matrimonii e potestate patria subducere tentet.

7. Si pater animadvertat, filiam suam, dolo adductam, in matrimonium consensisse.

8. Si procum, hominem facinorosum vel impurum esse demonstrari possit.

9. Si suspicio sit, fore, ut ex matrimonio contrahendo, inter parentes et liberos, lites et rixae orituræ sint.

10. Si suspicari liceat, procum sub praetextu matrimonii bonis sponsae insidiari.

11. Si haereticus sit, et a fide christiana opiniones alienas defendat et propugnet.

Beilage A.

Kläger, Lucius jun. genannt Mävius, und Mitklägerin Sempronia, sind entschlossen einander zu heirathen und unter dem Anführen, Calpurnia, verwittwete Lucius, Mutter des Klägers und gegenwärtige Beklagte, verweigere die Einwilligung in die beabsichtigte eheliche Verbindung, haben sie bei der competenten Behörde darauf angetragen, Obrigkeits- und Amtswegen den von Beklagter verweigerten Consens zu suppliren.

In dem abgehaltenen Verhörstermine gab Beklagte Gründe der Weigerung an, bemerkte jedoch dabei, nur zur Zeit habe sie ihre Einwilligung versagt und sich Bedenkzeit bis zu einer nunmehr bald abgelaufenen Frist vorbehalten; indess aus dem weiter unten anzugebenden Stande der Sache geht hervor, dass in Beklagter fortwährend keine den Gegnern günstige Sinnesänderung eingetreten.

Nach schriftlich von den Parteien abgehaltenem Verfahren hat das Fol. zu lesende Urthel erkannt:

> Beklagter erforderliche Einwilligung sei zu suppliren und dem Kläger verstattet, die Ehe mit der Mitklägerin nach vorgängigem Aufgebote durch die Trauung zu vollziehen.

Hiergegen hat Beklagte Appellation eingewendet. Bei Rechtfertigung des hierauf reformatorisch erfolgten Urthels sind zunächst zwei präjudicielle Fragen zu erledigen.

1. Da zur Vollziehung der kirchlichen Förmlichkeiten — wie Kläger sich ausdrückt — derselbe die nöthigen Schritte gethan, ehe und bevor er der Mutter Einwilligung erlangt hatte, die Eheordnung vom 10. August 1624 aber in pct. I. „von den Ehegelöbnissen" (cod. Aug. T. I. p. 1020) nicht nur ausdrücklich vorschreibt, dass wenn Kinder sich in dem Falle glauben, auf Supplirung des elterlichen Consenses antragen zu dürfen, solchenfalls die hierauf abzweckenden Schritte geschehen sollen, „ehe denn von den Kindern etwas Verbindliches vorgenommen worden", sondern auch ebendaselbst der Versuch, den elterlichen Consens zu umgehen und zu hinterziehen, für etwas Ahndungswürdiges bezeichnet wird, das, als solches, unbestreitbar nicht durch obrigkeit-

liche Supplirung jenes Consenses dürfe gebilligt werden, so könnte es scheinen

— m. s. Carpzov jurispr. consist. Lib. II. def. 57. —

des Klägers und der Mitklägerin Suchen sei schon um deswillen abzuweisen, und war schlechterdings abzuweisen gewesen, weil Kläger thatsächlich erklärt, bei der intendirten Heirath halte er die mütterliche Einwilligung für entbehrlich. Dem steht jedoch, abgesehen davon, dass auch die Appellation keine unbedingte Verwerfung des Suchens beantragt, der Umstand entgegen, dass nach neuerem Rechte

— m. s. Gesetz sub C. über privilegirte Gerichtsstände und einige damit zusammenhängende Gegenstände vom 28. Januar 1835. §. 52. s. S. 85 der Gesetzsammlung vom gedachten Jahre —

die früheren verbindenden Wirkungen der Ehegelöbnisse abgeschafft sind und demnach überhaupt bis zu und mit der Trauung nichts mag vorgenommen werden, das eine rechtliche Verbindlichkeit zu Vollziehung der Ehe nach sich zöge.

2. Von dem Kläger selbst ist beigebracht, dass nach seines Vaters Tode ihn als vaterlosen Knaben ein Bürger Namens Mävius an Kindestatt angenommen. Hierdurch, behauptet Kläger, sei er der Verpflichtung überhoben worden seine Verehlichung für abhängig von dem mütterlichen Consens zu erachten. Dem ist jedoch nicht beizustimmen. Denn obschon in des Arrogirten Familienverhältnisse civilrechtliche Abänderungen eintreten, so lassen doch, der Natur der Sache nach, selbige die blutsverwandtschaftlichen Verhältnisse und den durch diese bedingten metum reverentialem unberührt, auf welchem die in Frage stehende Verpflichtung der Kinder beruht.

— M. s. Carpzov jurispr. consist. lib. II. def. 49. —

Da nun in vorliegendem Falle weder die Nothwendigkeit des elterlichen Consenses hinwegfällt, noch auch, dafern derselbe unbefugter Weise verweigert würde, Kläger sich des Rechtes verlustig gemacht hat, auf dessen Supplirung zu klagen, so tritt weiter die Frage ein: nach welchen Grundsätzen die Entscheidung zu fällen sei, wenn zwischen Eltern und Kindern ein Rechtsstreit wie der gegenwärtige vorliegt. Eben so wenig, wie die Eheordnung, als welche an besag-

tem Orte nur so viel besagt, nach Billigkeit solle entschieden werden, ob die Eltern den Consens aus genugsam erheblichen Ursachen verweigerten, schreibt irgend sonst ein Gesetz hierunter eine bestimmte Norm vor, inmaassen auch obangezogenes Gesetz vom 28. Jan. 1835 nur so viel sagt: es könne in geeigneten Fällen die Einwilligung der competenten Behörde an Stelle der elterlichen Einwilligung treten, und somit

— m. s. Dr. v. Weber systemat. Darstellung des im Königreiche Sachsen geltenden Kirchenrechts, Th. II. S. 1116. nr. 5. —

ist die Beantwortung der Frage, ob in einem gegebenen Falle erheblicher Grund zu Verweigerung des elterlichen Consenses obwalte oder nicht, dem richterlichen Ermessen anheimgegeben, das jedoch nur dann nicht in Willkühr ausartet, wenn es zwar einerseits seinen Ausspruch von dem Concreten des gegebenen Falles abhängig macht, andrerseits aber um nichts weniger bei Auffassung des Concreten von einem gewissen im Voraus angenommenen Gesichtspunkte ausgeht. So z. B. kann Ungleichheit des Alters

— m. s. Dr. v. Weber am a. Orte —

einen Grund für Verweigerung des elterlichen Consenses abgeben; und es wird daher, da hiermit, wie es sich von selbst versteht, nicht jede Ungleichheit des Alters kann gemeint sein, der Richter, wenn um einer solchen Ungleichheit willen der elterliche Consens verweigert wird, darüber im Voraus mit sich einig sein müssen, welcher Art die in einem gegebenen Falle aus solchem Grunde entstehenden Besorgnisse sein müssen, sollen dieselben die in Frage stehende Verweigerung rechtfertigen. Nun aber, um von jenem Beispiele auf Rechtsverhältnisse von Art des vorliegenden im Allgemeinen überzugehen, leuchtet ein, dass Eltern genugsam erhebliche Ursache haben, nicht in der Kinder Verehlichung zu willigen, sobald nach subjectiver, aber auf Gründen, deren Erheblichkeit anzuerkennen auch der Richter nicht umhin kann, beruhender Ueberzeugung sie besorgen müssen, dass, wie relativ auch der Begriff einer glücklichen oder unglücklichen Ehe sein möge, jedenfalls die beabsichtigte nach Jedermanns Ansicht unglücklich ausfallen, dass der Verheirathung gegensei-

tige Reue, der Wunsch nach Wiederauflösung des Ehebandes folgen, von einem oder von beiden Theilen der Versuch werde gemacht werden, die Wiederauflösung herbeizuführen. Je strenger die Grundsätze sind, welche hinsichtlich der Ehescheidungen die Praxis befolgt, um so weniger darf sie Heirathen begünstigen, hinsichtlich deren selbst der Richter sich versichert hält, die Besorgniss der Eltern, es werde die Ehe unglücklich in dem angegebenen Sinne ausfallen, sei vollkommen begründet. Für ein Verfahren, das zu sich selbst im Widerspruch steht, dürfte es gelten, supplirte ein Richter die elterliche Einwilligung, obschon unverkennbar er nicht vermöchte die Verweigerung derselben zu tadeln, vielmehr sich sagen müsste, an die Stelle des verklagten Vaters oder der verklagten Mutter gesetzt, würde gewissenhafter Weise auch er nicht umhin gekonnt haben, mit allen ihm zu Gebote stehenden erlaubten Mitteln die Heirath zu behindern. Um so unerlässlicher ist es, diesen Gesichtspunkt bei Entscheidung des gegenwärtigen Processes festzuhalten, als das O. A. Gericht bereits in gleichartigen andern zu dessen Cognition gediehenen Sachen denselben zwar nicht so bestimmt wie vorstehend ausgesprochen, um nichts weniger aber ihn in Anwendung, in keinesweges eng begränzte Anwendung gesetzt hat. Denn wenn z. B. in einer Sache, wo die Eltern der Braut den Consens verweigerten, weil während des Bräutigamstandes der Verlobte ein öffentliches Haus besucht hatte, die Supplirung des Consenses ist für unzulässig erachtet worden, so spricht hierin keine andere als die Ansicht sich aus, nicht dürfe jene Supplirung erfolgen, sobald der Eltern subjectivem Widerwillen gegen die beabsichtigte Heirath, nicht die objective Veranlassung fehlt, und für eine solche sei nicht blos die entschiedene Gewissheit anzusehen, unglücklich werde die Ehe ausfallen, sondern auch schon ein Umstand, der einen solchen Erfolg wahrscheinlich machen kann. Denn dass in dem ebenbemerkten Falle die Besorgniss vor einem mishelligen Ehestand nicht durch die dringendsten Momente gerechtfertigt war, das lehren die gewöhnlichsten Lebenserfahrungen, nach denen anzunehmen ist, gar viele Ehen haben glücklich bestanden, welchen von Seiten des Bräutigams ein solcher Fehltritt vorhergegangen war. Nach alle dem hing

die Entscheidung von Beantwortung der factischen Frage ab, ob? und inwiefern? Verhältnisse vorliegen, durch welche die Ueberzeugung gerechtfertigt wird, nichts weniger als aus Eigensinn und Laune, sondern gewissenhaft und um eine Verheirathung zu behindern, welcher Reue, alsdann aber auch der Wunsch, das Eheband wieder aufgelöst zu sehen, vorauszusetzender Weise folgen werde, verweigere Beklagte die Einwilligung zu der vom Kläger beabsichtigten Heirath.

Hier nun kommt zunächst und hauptsächlich in Betracht des Arrogators Fol. nebst Publicationsregistratur in Abschrift ersichtliches Testament vom Jahre 1840. In selbigem hat der Testator den Kläger zu seines von dem letzteren selbst als ein bedeutendes prädicirten Vermögens Universalerben eingesetzt. Er erklärt:

Vielfachen Grund zur Miszufriedenheit habe ihm Kläger gegeben; käme derselbe in unumschränkten Besitz des Vermögens, so sei zu befürchten, er werde es mit der Zeit durchbringen. Darum hat der Testator alle Disposition über die Substanz und die Nutzungen des Nachlasses dem Kläger durchaus und auf so lange entzogen, bis derselbe Beweise aufrichtiger Besserung geben werde, als worüber zu entscheiden Beklagter und dem Fol. benannten Sachwalter derselben anheimgegeben ist, wie denn auch dem Ermessen dieser beiden Personen, von deren getreuer Pflichterfüllung sich der Testator versichert hält, und die er „gewissermaassen zu Vormündern für den Adoptivsohn ernennt“, überlassen wird zu bestimmen, wie viel dem Kläger zu seinen Lebensbedürfnissen zu verabreichen sei. Nicht eher sollen sie ihm das Vermögen zu eigner Verwaltung übergeben und über die bis dahin geführte Administration Rechnung ablegen, als bis sie sich gründlich überzeugt, Kläger habe seinen Lebenswandel gebessert und ein Rückfall sei nicht zu besorgen. Der Testator „will nicht hoffen“ dass bei dem Kläger, den er durch die getroffenen Bestimmungen zu einem ordentlichen und soliden Lebenswandel zurückzuführen beabsichtigt, gar keine Besserung des Lebenswandels eintreten werde, dennoch aber findet er es nöthig auch für diesen Fall Vorkehrungen zu treffen, die darin bestehen, dass solchenfalls Kläger lebenslänglich von der Verwaltung und Benutzung des Ver-

mögens soll ausgeschlossen bleiben und ausdrücklich ist verordnet, bei Zeiten habe Beklagte Sorge zu tragen, dass auf ihren Todesfall jemand anders in die Verwaltung des dem Kläger vererbten Nachlasses mit den nämlichen Berechtigungen eintrete, die ihr ertheilt gewesen. Ueberdem ist den Verwaltern des Nachlasses das Recht ertheilt und die Verbindlichkeit auferlegt, den Kläger öffentlich für einen Verschwender erklären zu lassen, dafern derselbe dem ausdrücklichen im Testamente enthaltenen Verbote zuwider Schulden mache.

Dass eine Besserung des Klägers nach des Arrogators Tode eingetreten, stellt Beklagte in Abrede und behauptet, obschon 25 Jahre alt — was jedenfalls der Wahrheit ganz nahe liegt, da bei seiner Arrogation im Jahre 1827 Kläger noch im Knabenalter stand — habe dennoch derselbe sich keinem bestimmten Erwerbe gewidmet, wohl aber seit des Testators im Jahre 1841 erfolgtem Ableben gegen 12,000, wenigstens 10,000 Thaler Schulden gemacht.

Hierüber äussert sich Mitklägerin wörtlich also: dass derselbe (Kläger) sich keinem bestimmten Erwerbe gewidmet hat, würde auf sie (Beklagte) selbst zurückfallen, ist aber auch unerheblich, da er genug Beschäftigung in Leitung seiner und seiner Gattin Angelegenheiten finden wird, hinsichtlich welcher letztern sie Fol. bemerkt: mit obervormundschaftlichem Decrete sei ihr die Administration einer bürgerlichen Erwerbsgerechtigkeit übertragen, die sie jedoch bereits aufgegeben hat, was Mitklägerin unter die in Erwartung der beabsichtigten Verheirathung getroffenen häuslichen Einrichtungen zählt. Was den Kläger anlangt, so vermag, wenigstens zum Theil, er offenbar nicht das Vorbringen der Beklagten in Abrede zu stellen. Wäre, sagt er, es gegründet, dass er Schulden gemacht, so würde darin kein Grund liegen, ihm den geforderten Consens zu verweigern, und eben so wenig darin, dass er sich keinem bestimmten Erwerbe gewidmet habe. In Bezug auf letzteren Punkt, würde die ganze Schuld nur auf die Eltern zurückfallen, weil sie ihm nicht in der Jugend den Weg gezeigt, sich einer bestimmten Erwerbsquelle zu widmen, auch werde die Verwaltung seines sehr bedeutenden Vermögens ihn genug beschäftigen, scheute Beklagte sich

nicht vor dem Zeitpunkte, wo sie diese Verwaltung seinen Händen zu übergeben habe. Indess dass seine noch zur Zeit beobachtete Handlungs- und Verfahrungsweise ihm keineswegs das Selbstvertrauen einflösst, mit Erfolg könne er beantragen, dass die Vermögensverwaltung ihm überlassen bleibe, geht nicht undeutlich daraus hervor, dass er, miszufrieden damit, zu seinen Bedürfnissen nicht mehr von Beklagter zu erhalten, als er erhält, einen Rechtsstreit darüber erhoben, inwiefern nach dem obangezogenen Testamente er desfalls von Beklagter alleinigem Ermessen abhängen solle, deren erklärte Miszufriedenheit hinsichtlich seines Benehmens nach des Arrogators Tode sich, wie Kläger sagt, auf subjective Ansichten stützt.

Endlich ist von Beklagter noch besonders gegen Mitklägerin angeführt: diese zeige eben so verschwenderische Neigungen als Kläger, von dem dieselbe, obschon ihr bekannt sei, dass jener kein Geld dazu habe, „maasslose Geschenke“ angenommen und zudem komme in Betracht, dass Kläger kaum das Jünglingsalter erreicht habe, Mitklägerin aber schon in den Dreissigen stehe und Kinder habe, in welcher Beziehung jedoch nur so viel in den Acten vorliegt, dass Mitklägerin, welche, wie obgedacht, die oberwähnte Gerechtigkeit unter obervormundschaftlicher Genehmigung übertragen bekommen, jedenfalls nicht kinderlos ist. Diese factischen Momente sind es, nach welchen zu entscheiden war, ob der von Beklagter erforderte Consens zu suppliren oder nicht zu suppliren sei? Man braucht nur bei dem stehen zu bleiben, was liquid in den Acten vorliegt, um sich zu überzeugen, die Antwort könne nicht anders als verneinend ausfallen.

Kläger erscheint als ein junger Mann in den mittleren Zwanzigen, der nach dem Zeugnisse seines Adoptivvaters — einem Zeugnisse, dessen Richtigkeit er selbst nicht ableugnet, das Zweifeln um so weniger unterliegt, als die Arrogation und das Testament selbst grösste Beweise vom Wohlwollen für den Kläger und demselben günstigen Gesinnungen sind — ein entschieden ungeordnetes Leben geführt hat, selbst nicht vermag zu behaupten, dass er sich gebessert, vielmehr zugestehen muss, dass subjective Gründe obwalten, aus denen die Zufriedenheit der Mutter ihm entzogen ist, als ein Mensch,

dem die eigne Vermögensverwaltung schlechterdings nicht durfte anvertraut werden, der ohne jene Erbschaft der Hülfslosigkeit preisgegeben wäre, weil er keinen Erwerbsberuf gewählt, und schwerlich zu einem solchen befähigt wäre, auch, soweit ihm diese Befähigung abgeht, dies den Eltern zur Last legen will, obschon selbst, wenn es glaublich wäre, dass seine leiblichen Eltern, dass den Adoptivvater, der in andern Beziehungen so viel für ihn gethan, in dieser Hinsicht ein Vorwurf träfe, er seinen Jahren nach die erforderliche Ueberlegung und den Willen hätte bethätigen sollen jene Vernachlässigung zu verbessern. Statt dessen aber processirt er mit der Mutter, um ein erhöhtes Sustentationsquantum zu erlangen, und giebt hinsichtlich seines künftigen Lebens keine andre Befähigung und keinen andern Entschluss kund, als den, von dem ererbten Vermögen zu leben, während den Umständen nach und so viel aus den Acten zu ersehen, er keinen Anspruch auf diese Verwaltung machen darf, die übrigens seinen Händen übergeben schwerlich von conservativen Wirkungen sein würde. Was zu besorgen steht, wenn ein solches Individuum sich verheirathet, gleichviel ob mit einem Mädchen oder einer Wittwe mit Kindern, jedenfalls mit einer Frauensperson, hinsichtlich welcher keine Garantie gegeben ist, sie werde den Willen und die Kraft haben als Hausfrau zu ersetzen, was dem Kläger in der Eigenschaft des Hausherrn abgeht, darüber kann keine Meinungsverschiedenheit obwalten und nicht abzusehen ist, warum durch Supplirung ihres Consenses es der Beklagten als ein Unrecht soll beigemessen werden, dass sie eine Meinung theilt, der zu widersprechen auch der Richter sich ausser Stande findet, sobald er die actenkundigen Umstände erwägt.

Somit war des Klägers und der Mitklägerin Suchen abzuweisen, jedoch nur in angebrachter Maasse, indem allerdings die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, dass Thatsachen sich beibringen lassen, wodurch die Bedenken könnten erledigt werden, die nach dem Obigen der Supplirung des mütterlichen Consenses zur Zeit entgegenstehen.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

Guss und Druck von Friedrich Nies in Leipzig.

dem die eigne Vermögensverwaltung schlechterdings nicht durfte anvertraut werden, der ohne jene Erbschaft der Hülfslosigkeit preisgegeben wäre, weil er keinen Erwerbsberuf gewählt, und schwerlich zu einem solchen befähigt wäre, auch, soweit ihm diese Befähigung abgeht, dies den Eltern zur Last legen will, obschon selbst, wenn es glaublich wäre, dass seine leiblichen Eltern, dass den Adoptivvater, der in andern Beziehungen so viel für ihn gethan, in dieser Hinsicht ein Vorwurf träfe, er seinen Jahren nach die erforderliche Ueberlegung und den Willen hätte bethätigen sollen jene Vernachlässigung zu verbessern. Statt dessen aber processirt er mit der Mutter, um ein erhöhtes Sustentationsquantum zu erlangen, und giebt hinsichtlich seines künftigen Lebens keine andre Befähigung und keinen andern Entschluss kund, als den, von dem ererbten Vermögen zu leben, während den Umständen nach und so viel aus den Acten zu ersehen, er keinen Anspruch auf diese Verwaltung machen darf, die übrigens seinen Händen übergeben schwerlich von conservativen Wirkungen sein würde. Was zu besorgen steht, wenn ein solches Individuum sich verheirathet, gleichviel ob mit einem Mädchen oder einer Wittwe mit Kindern, jedenfalls mit einer Frauensperson, hinsichtlich welcher keine Garantie gegeben ist, sie werde den Willen und die Kraft haben als Hausfrau zu ersetzen, was dem Kläger in der Eigenschaft des Hausherrn abgeht, darüber kann keine Meinungsverschiedenheit obwalten und nicht abzusehen ist, warum durch Supplirung ihres Consenses es der Beklagten als ein Unrecht soll beigemessen werden, dass sie eine Meinung theilt, der zu widersprechen auch der Richter sich ausser Stande findet, sobald er die actenkundigen Umstände erwägt.

Somit war des Klägers und der Mitklägerin Suchen abzuweisen, jedoch nur in angebrachter Maasse, indem allerdings die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, dass Thatsachen sich beibringen lassen, wodurch die Bedenken könnten erledigt werden, die nach dem Obigen der Supplirung des mütterlichen Consenses zur Zeit entgegenstehen.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

Guss und Druck von Friedrich Nies in Leipzig.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Kritz, Paul Ludolf,

Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen derselben

Bd.: 5

Leipzig (1845)

Decis. 69 h-3/5
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396983-9